

デイヴィッド・S・ロー*

「保守的最高裁の解剖——日本の司法を審査する」

西 川 伸 一

——《論文要旨》——

日本の最高裁判所は世界で最も保守的な憲法裁判所であると広くみなされているし、またそうみなすことは妥当である。私は日本滞在中に、現職最高裁判事および元最高裁判事の7人を含む様々な裁判官、官僚、および研究者に対してインタビューを行った。このインタビューに依拠して、本稿では、なぜ最高裁は日本国憲法の施行に積極的な役割を果たせずにきたのかを政治的および制度的な観点から説明する。この説明によって、司法政治と選挙政治の関係、およびこの両者を媒介する制度設計の役割も解明されるはずである。

最高裁が保守的であるという事実が当然のこととみなされるのは、おそらくひとえに、保守的な政治環境に最高裁が長期間浸かりきってきたことに由来する。もちろんこの保守的な政治環境とは、中道右派の自民党が半世紀にわたって、ほとんど途切れることなく政権を維持してきたことを意味している。しかしながら、最高裁に対して自民党が及ぼす影響のほとんどは、司法部の制度設計によって覆い隠されているのである。そのため、司法部は所掌事務を処理することはもちろん、だれを最高裁裁判官に迎え入れるかを決定することについてさえ、相当の自律性を有しているようにみえる。自民党がしてきたことは事実上、司法部の政治的コントロールを司法部自身の中のイデオロギー的に信頼に足る代理人に委任することであった。——すなわち、その代理人とは、実に強大な権限をもつ最高裁長官、および最高裁の事務機構である最高裁事務総局にいる長官の補佐人たちである。最高裁長官と同様に、事務総局の幹部たちはまちがいに正統的な裁判官たちである。というのも彼らは、すべての職業裁判官が経なければならぬイデオロギー的審査の長期にわたる過程を経由して、権力ある地位に上りつめたからである。この司法官僚グループは新任判事補の教育と選別から最高裁調査官の人選にいたるまで、広範囲に及ぶ慎重な取り扱いを要する仕事に従事している。この最高裁調査官自身も、エリートコースに乗った裁判官たちである。そして、彼らは最高裁裁判官がリベラルな逸脱を犯そうとするとこれを阻止することができるし、またそうする傾向にある。

日本の経験は、司法政治および制度設計の研究者にとって有意義な教訓となる。裁判所を政治的影響から完全に絶縁させるように裁判所をデザインする、あるいは組織的に組み立てる妥当な方法はない。しかしながら、裁判所の制度的特徴は、裁判所がその置かれた政治的環境にいかに対応的であるかを規定しうるものである。具体的には、政治的アクターがどれくらいしばしば裁判所の人的構成を決める機会をもっているかが重要な特徴になる。それほど明確ではないにせよ、同じく重要な特徴は、裁判所内の権力がどの程度集権化されているか、あるいは分散しているかである。日本の最高裁は、これら二つの特徴の重要性を示している。その組織と構造によって、日本の最高裁はいかなる時代にあっても、政府の要求からはずれることはまずできない。というのも、最高裁裁判官のすべてのポストには定年年齢に近い裁判官が就くという慎重な戦略がとられているので、彼らは頻繁に入れ替わることになる。この裁判官の入れ替えによって、政府は最高裁のイデオロギーの方向性を調整し補正することが継続的に可能になるのである。同様に、比較的しばしば交代する最高裁長官1人の手中に権力が集中していることによって、政府は最高裁の方向性に影響を及ぼす努力を継続的かつ繰り返し行なうことを免れている。

キーワード：司法政治、司法組織、司法行動、最高裁、違憲立法審査

目 次

第I章 序 論

第II章 最高裁裁判官への道

- A. 密室的な選考過程
- B. 任官までの道のり
- C. 司法部内での出世コース
- D. 最高裁裁判官へのもう一つの道
 1. 検察官経由
 2. 弁護士経由
 3. 行政官経由
 4. 学識経験者経由

第III章 最高裁裁判官に対する制度的圧力

- A. 時間の制約—1：間近な退官
- B. 時間の制約—2：過剰な仕事量
- C. マンパワーの制約：裁判官と調査官の逆説的な関係

第IV章 結論：司法政治の特質と制度設計の影響

注

訳者解説

第I章 序 論

日本の最高裁は、世界で最も保守的な憲法裁判所とみなされてきた。そして、それには十分な理由がある⁽¹⁾。日本の最高裁が「保守的」なのは、それがあまりに消極的あるいは慎重すぎて、政府に刃向かうことはまずないからだ、と指摘する者もいよう⁽²⁾。それに代わって、あるいはそれに加えて、日本の最高裁が「保守的」なのは、長年にわたる与党であり保守政党の自民党のイデオロギー的見解と選好を最高裁がちょうど共有しているからだと指摘する者もいるかもしれない⁽³⁾。どちらにせよ、明らかなのはこうしたレッテルがぴったりだということである。

1947年に設置されて以来、日本の最高裁判所が違憲判決を言い渡した法令はわずか8件にすぎない⁽⁴⁾。ちなみに、その数年後に設置されたドイツの連邦憲法裁判所は、600件以上の法律を違憲としている⁽⁵⁾。その上、日本の最高裁による違憲判決の多くは重大な影響を及ぼすものではなかった。最高裁が違憲判決を言い渡した、まれでしばしば不明瞭な法律の規定には、尊属殺人重罰規定⁽⁶⁾、薬事法距離制限規定⁽⁷⁾、郵便法免責規定⁽⁸⁾、森林法共有林分割制限規定⁽⁹⁾、そしてより近年では、非嫡出子の国籍取得制限⁽¹⁰⁾などがある。50年以上に及ぶ日本の戦後司法を考察する上で最も重要な違憲判決は、おそらく1976年に言い渡された衆議院議員定数配分規定をめぐるものだろう。これは1票の格差が1対5である公職選挙法の定数配分を違憲とした。ただ、そうかといって、最高裁はいかなる是正策も命じることはなかった⁽¹¹⁾。さらに、自民党にとっておそらく最も重要な憲法問題に関して、最高裁は判断を示すのを回避ばかりしてきた。すなわち、最高裁は自衛隊の現実と憲法9条の矛盾に裁判で決着を付けることを一貫して避けてきた。憲法9条は陸海空軍その他「戦力」の保持を明文で禁じている⁽¹²⁾。

なぜ最高裁はそこまで保守的なのか。私は日本で様々な裁判官、官僚、および研究者に対してインタビューを行った——その中には、現職の最高裁判事および元最高裁判事の7人も含まれる⁽¹³⁾——。これらのインタビューに依拠して、本稿ではなぜ最高裁が日本国憲法の施行に積極的な役割を果たせずにきたのかを詳細に説明する。本稿は、最高裁が憲法をリベラルに運用することを意図的に抑止してきた、公式および非公式の制度と実践について述べていく。これらの制度と実践には、次のものが含まれる。日本の職業裁判官の教育、リクルートメントおよび昇進、最高裁裁判官の選抜方法、現職の最高裁裁判官が直面する資源面での限界と実践面での制約、さらには、最高裁長官と司法部内のえり抜きの司法官僚が下級裁判所の行動および最高裁裁判官の構成に与える影響。

しかしながら、これらの制度的構造がつくりだしてきたものは、イデオロギーあるいは傾向において、必然的あるいは本来的に保守的な司法部ではない。いやむしろ、内部の指導層の意向にきわめて応答的で、なおかつこの指導層の変化に迅速に適應できる司法部である。実際のところ、司法部は一群の経験豊かなエリート裁判官によって牛耳られている。彼らは最高裁長官を含む重要な司法行政ポストに就き強大な権限を行使して、自分たちが好む見解を司法部の隅々にまでいつでも押し通すことができる。彼らが統一性と継続性を達成するために用いる官僚機構は、保守的な政治のルールを保守的な司法部の行動へ常に忠実に翻訳してきた。だが、自民党一党支配が戦後長らく続いてきたために、イデオロギー的路線がかなり急激に変化することに司法部が制度的にうまく対応できるかどうかは、依然としてはっきりしないままである。えり抜きの少数の裁判官の手中に権限が集中されているので、指導層に変化が生じれば、それは司法部全体に急速で深遠な影響を及ぼすことになるだろう。

本稿の第Ⅱ章および第Ⅲ章では、最高裁がなぜそれほど保守的なのか、そ

の二つの基本的理由を論じる。第Ⅱ章で論じられるその第一の理由は、まさにリベラルな人物が最高裁裁判官に任命されることは困難であるということである。第Ⅲ章で論じられるその第二の理由は、ひとたび最高裁入りした裁判官が真にリベラルに行動することは困難であるということである。これらの章では、最高裁の保守主義が本質的に政治的かつ制度的な理由によるものであると論じられよう。結論においては、司法政治と選挙政治の関係、および両者を媒介する役割を果たす制度的構造について、日本の経験からいくつかの教訓を引き出すことになる。裁判所をその置かれた政治的環境の影響から完全に切り離すことは不可能である。しかしながら、制度設計次第では、建前上は欠かせない司法部の独立を、実際には必要となる政治的応答性と調和させることは可能である。日本には、司法部が政府の要求としっかり歩調を合わせるための洗練された仕組みがある。しかしながら、この仕組みは政府の中ではなく、司法部それ自体の中にあるものである。その結果、司法部は官僚制的自律という形をとる高度の司法の独立性と、関係する政治的アクターの要求に対する高度の応答性を兼ね備えているのである。

第Ⅱ章 最高裁裁判官への道

A. 密室的な選考過程

世界を変革することを夢みる左翼がかった法学徒のことを想像してみよう。彼は、正義、平等、基本的人権、立憲主義といった理想、および平和と民主主義への国民のコミットメントを支持し促進することを夢みている。彼を「サヨク」氏とよび、さらに彼は日本の憲法体系を作り変えたいという生硬な意欲とそのための知的能力をもつ、あまりお目にかかれぬ人物だと仮定しよう。「サヨク」氏が最高裁をより積極的でリベラルな方向へ舵取りしようとするには、二つのやり方が考えられる。第一は、彼自身が最高裁裁判官

になって、票決ではリベラルな方向を支持し、他の最高裁裁判官に同調するよう働きかけることだろう。第二は、最高裁裁判官の人選に影響を及ぼすことだろう。これら二つのアプローチは決して両立しないものではない。すなわち、もし彼が最高裁長官になることができれば、最高裁の行動と最高裁裁判官の人的構成の双方に対して影響力を行使するであろう。

最高裁裁判官の任命に——そして実際に任命過程の全てにわたって——どれほど最高裁長官が影響を及ぼすのかは、あいまいさと秘密の厚いヴェールに包まれている⁽¹⁴⁾。真実は幾層もの建前の下に埋められており、この建前の層をタマネギの皮をむくかのように一枚一枚はがしていかなければならない。公式には憲法により、天皇が「内閣の指名に従って」⁽¹⁵⁾最高裁長官を任命することになっている。その一方で、最高裁判事を任命する権限は内閣に直接与えられており⁽¹⁶⁾、内閣とは議院内閣制において端的には首相を指している。しかしながら、実際には、天皇の役割はきわめて形式的であるにとどまらず、首相の役割も憲法の条文の表記が示唆するほど必ずしも大きいものではない。現職の最高裁判事が定年年齢に近づくと、最高裁長官は首相に1名から3名の氏名が載っている候補者名簿を提出する⁽¹⁷⁾。近年では、首相が最高裁長官の推薦をあからさまに拒否したことはないようだ⁽¹⁸⁾。

この事実から、最高裁判事の人選は現実には司法部自身に委ねられていると推論したくなる。なるほど研究者の間からはそうした主張もなされてきた⁽¹⁹⁾。しかし最高裁長官の役割もまた、天皇や首相の役割に劣らず、ある程度建前を含んでいる。第一に、後述するように、最高裁長官は最高裁判事の欠員をいかに埋めるべきかについてほとんど、あるいはまったく発言しない⁽²⁰⁾。第二に、首相に対する最高裁長官の推薦は、最高裁長官が推薦する前に、何人かの候補者がすでに首相官邸によって審査される過程の単なる最終段階にすぎない。私が調べたところでは、内閣官房長官が、最高裁事務総局事務総長とともに候補者選定の「交渉」に携わる⁽²¹⁾。この事務総長とは、

最高裁長官によって任命され、その腹心を務めるポストである。そして、きわめて強力な司法行政機関である事務総局を率いる⁽²²⁾。首相と最高裁長官のこれら枢要な側近たちがお互いに満足のいく結論にすでに到達したあとでようやく、最高裁長官は首相に彼の（前もって承認済みの）推薦者名を伝えるのである⁽²³⁾。それゆえ、最高裁長官が首相に候補者名をじかに伝える前でさえ、最高裁長官が推薦するいかなる候補者に対しても、首相は官房長官を通して、非公式に拒否する機会を十分にもっている。

とはいえ、最高裁長官が無制約の権力をふるうわけではないにせよ、明らかに、最高裁長官は一般の裁判官の任命と昇進、およびとりわけ最高裁判事の人選に、直接的にも間接的にもかなりの影響力をもっている。従って、「サヨク」氏が最高裁の方向性にできるだけ影響を及ぼしたいと望むのであれば、彼は最高裁判事のみならず、最高裁長官になろうとするだろう。しかし、彼が次のことに気づくのにさして時間はかかるまい。日本のアール・ウォレン〔訳者注：米連邦最高裁長官（在任 1953-69）〕ないしはウィリアム・ブレンナン・ジュニア〔訳者注：米連邦最高裁判事（在任 1956-90）〕になろうと夢見る理想に燃えた若い法学徒にとって、最高裁への道は半世紀以上ほとんど克服できなかった不合理な障害物に満ちあふれていることに。

B. 任官までの道のり

「サヨク」氏が最高裁判事となり、さらには確実に最高裁長官になるチャンスを最大にしたいと望むのであれば、彼は司法部におけるキャリアをよく検討して、その結果若いうちに任官したほうが良いと考えるであろう。後述のように、15ある最高裁裁判官ポストは、法曹界その他の様々な出身枠への非公式の割り当てに基づいて配分されている⁽²⁴⁾。最も多くのポストを与えられるのは司法部である。すなわち、最高裁裁判官のうちの6人は職業裁判官出身者であり、とりわけ最高裁長官は、ほとんど例外なく職業裁判官の

出世コースを経てそこに昇りつめた者である⁽²⁵⁾。加えて、もし日本の最高裁へ駆け上がろうものなら、それは司法部において数々のキャリアを生涯にわたって順調にこなしてきたことの集大成を意味する。しかもこの昇進話は、定年退官前の貴重な数年間に舞い込むものなのだ⁽²⁶⁾。従って、「サヨク」氏にはできるだけ早く司法部に第一歩を踏み入れなければならない。

そうするために、彼はまず法律を勉強し、司法試験に合格しなければならない。以前であれば、「サヨク」氏は裁判官になるという野心を実現するために、ロースクールに入学する必要はなかった。学士号——たいていは法学士号であるが、必ずしもそうである必要はない——を得たのち、続いてすぐに彼は司法試験を受ければよかったのである。司法試験は日本では伝統的に、合格率2%ないし3%という信じがたいほどの狭き門なのだ⁽²⁷⁾。彼が首尾よく司法試験の難関を突破したならば、次いで彼は司法研修所で2年間の司法修習を受けなければならない。司法研修所は最高裁の設置する研修機関であり、司法修習の実施、運営に当たっている⁽²⁸⁾。大卒者に専門教育を行うロースクールがようやく2004年に設置され、それ以降、司法修習期間は1年に短縮された⁽²⁹⁾。しかしながら、司法試験に合格し法曹——弁護士であれ、検察官であれ、裁判官であれ——を目指す者はだれであれ、司法研修所で司法修習を受けなければならないという基本的要件だけは変わらなかった⁽³⁰⁾。

イデオロギー的に好ましからざる裁判官に対する「組織的パージ」——ある評者はこのように適切に表現している——は、司法修習の初日から始まる⁽³¹⁾。司法研修所の各々のクラスにはそれぞれ5人の教官が配置される。すなわち、民事裁判、刑事裁判、検察、民事弁護、刑事弁護の各5人の教官である⁽³²⁾。

民事裁判および刑事裁判の教官は、職業裁判官の中から事務総局によって選ばれる。そしてまず間違いなく、事務総局は細心の注意を払って、教官としても専門家としてもすぐれた裁判官を選抜するのである⁽³³⁾。司法研修所

教官として勤務することは、エリートコースに乗ったことを意味している。実際に、多くの場合、元最高裁裁判官には司法研修所教官として務めた経歴がある⁽³⁴⁾。とはいえ、司法研修所の裁判官教官は、教えること以外にも重要な役割を果たす。それゆえ、事務総局は裁判官教官の次の力量に十分な注意を払わなければならない。すなわち、彼らの法曹としての専門知識やクラス経営能力のみならず、そのイデオロギー的穩健性、社交的手腕および観察力である。

裁判官教官が果たす一つの役割は教^{インドクトリネーション}化であると指摘されてきた。宮澤節生は裁判官教官を「慎重に選抜された主流派の裁判官であり、彼らが教えるのは、彼らにとって受け容れ可能な、正しいとされる法理論と実務技術のみである」と特徴づける⁽³⁵⁾。宮澤によれば、司法修習を終えた時点でより若い者の任官を司法部が好むのは、理由のないことではない。可塑性のある若い時期に裁判官として教化することは、すでに任官している裁判官の行動をコントロールするために司法部が用いる様々な仕組みと併せて、極端なまでの「日本のほとんどの裁判官の消極性」を説明するものである⁽³⁶⁾。司法修習が単なる教育にとどまらず教^{インドクトリネーション}化の域まで達しているかどうかは、見る人によって分かれる。しかしながら、事務総局自身の保守的意向を一顧だにしない裁判官を事務総局が教官に選ぼうものなら、それこそ驚きだとする宮澤は全く正しい。

司法研修所の裁判官教官が担う役割のうち、もう一つ注意を要するものは、任官候補者の選別とリクルートである。人事に携わった経験のある裁判官の中には、こう指摘する者もいる。ふさわしい候補者を適切な員数だけリクルートすることは期限の切られた難題であるが、義務的な司法修習のおかげで、司法部は裁判官の力量を見せつけることができ、リクルートにもってこいの機会を与えられている、と⁽³⁷⁾。なぜ任官したのかを尋ねられて、私がインタビューした裁判官の何人かは、司法研修所で自分たちを教えてくれた裁判

官教官に好意的な印象を持ったからだと明言した⁽³⁸⁾。しかし、もちろん司法部はそのリクルート活動において選別的なのである。判事補採用願を提出した司法修習生の大部分を司法部が採用するという事実は、任官希望者ならだれでも採用することを意味しているわけではない。むしろ、任官にふさわしい者を見つけ出し、任官希望者の中からでさえ裁判官にふさわしくない者の任官を思いとどまらせることが、裁判官教官の仕事となっている。彼ら裁判官教官は、司法修習生全員に対する秘密の値踏みを行うことを心得ておく責任を負い、従って最初からクラス全体をよく目配りしていかなければならない⁽³⁹⁾。

司法部は司法研修所での情報収集、リクルート、および候補者選別について、裁判官教官が果たす役割を信頼しているのは半ば当然といってよい。すなわち、新人たちは法曹の実務経験をもたないまま司法修習終了後ただちに任官するので、裁判官教官の目利きで司法修習生の出来不出来について集められた情報を、司法部が信頼することは必然的かつ賢明なことなのである⁽⁴⁰⁾。しかしながら、これら裁判官教官は司法修習生の生硬な法的能力だけに注目しているわけでは断じてない。裁判官教官として十分な経験をもち裁判官の人事にも精通しているある裁判官は、こう強調する。裁判官教官が注目しているのは、適正な「気質」「バランス」そして「公平」感覚を備えた候補者なのである、と⁽⁴¹⁾。これら資質をもたない任官希望者が試験できわめて高い点をとることがあるかもしれないが、彼らは裁判官ではなく弁護士か検察官になるようそれとなく勧められることになるのだ⁽⁴²⁾。この証言者のことばによれば、裁判官教官は彼らが任官しようとする気をくじくというよりも、彼らの気持ちを検察官や弁護士に向けさせるように懸命に努力するのである⁽⁴³⁾。この裁判官はさらにこう述べる。政治的理由からだと伝えられる、任官を正式に拒否された司法修習終了者は、勉強の仕方を誤ったか、特異な見解を抱いているか、あるいはその他の理由で任官にふさわしくない

のだ、と⁽⁴⁴⁾。ある性格のタイプは彼のことばによれば、裁判官としては「危険」なのである⁽⁴⁵⁾。

当然かもしれないが、任官過程には透明性が欠如していると批判されてきた⁽⁴⁶⁾。弁護士のある勢力から出されたそのような批判に一部応えて、近年の司法改革の結果、任官と再任に際して最高裁に意見を述べる下級裁判所裁判官指名諮問委員会が設置された⁽⁴⁷⁾。諮問委員会は日本の法曹界の様々な分野の代表から構成される。そこに含まれるのは、日弁連が推薦する弁護士2名、裁判官2名、法学者2名、検察官2名、さらに法曹関係者以外から3名であり、そのうち実際には少なくとも1名は財界の代表者である⁽⁴⁸⁾。匿名を条件に、諮問委員会の活動に詳しいある人物は、次のように語ってくれた。司法部が諮問委員会の設置を支持したのは、これによって、仕事が遅いあるいは能力に欠ける裁判官をやめさせることがより容易になるし、それと同時に、彼らをやめさせることの責任あるいは非難を司法部自身は引き受けずにすむからだ、と。

しかしながら、下級裁判所裁判官指名諮問委員会の設置は、任命過程を取り巻く透明性の欠如を改善することにはつながらなかった。というのも、第一に諮問委員会は選考の基準を説明してほしいという司法修習生から、および委員会の委員自身からさえ出された要求をはねつけてしまったのである⁽⁵⁰⁾。加えて第二に、諮問委員会の会議記録は建前上は公開されることになっているが、それをみても誰が何を言ったか、ましてや委員会の議論の中身はわからない⁽⁵¹⁾。議事録がせいぜい明らかにするのは、委員長が委員に対してこう強調したことくらいである。すなわち、委員は政府のために働いているのであり、その審議内容については守秘義務が法的に課せられている、と⁽⁵²⁾。諮問委員会の活動に詳しい人物によれば、弁護士から選ばれた委員は、委員会にとっての厄介者だったそうである⁽⁵³⁾。彼らは弁護士任官とその存続を強力に主張した。彼らは、弁護士出身者ばかりが目立って多く任官ないし再

任を拒否されている、と感じているのである⁽⁵⁴⁾。諮問委員会は全会一致で議決することになっているので、弁護士選出委員が委員会の議事進行を遅延させることが時に可能となる⁽⁵⁵⁾。弁護士が司法部左派であることは広く知られていることを考慮すれば⁽⁵⁶⁾、弁護士任官に司法部が難色を示すのは、法廷のイデオロギー的バランスからみて当然のことかもしれない。

C. 司法部内での出世コース

「サヨク」氏が任官時における最初の選別過程をなんとかぐりぬけられたとしたら、彼は官僚制的な出世の階梯をのぼっていくことになる。すなわち、数十年も続くはるかに困難な選別過程に彼は引き続き直面することになるろう。多くの観点からみて、官僚制は日本の司法部を表す適切なことばである。およそ1,000人が威容を誇る四つの建物からなる最高裁で働いており、彼らのうちの四分の三以上が最高裁事務総局に勤務している⁽⁵⁷⁾。これら司法官僚が日本全国の250か所に散らばる裁判官3,200人の生殺与奪の権を握るのである⁽⁵⁸⁾。この官僚制が裁判官の行動と思考を方向づけることは公然の秘密だ。ある裁判官のことばを借りれば、「官僚制を通じて……我々は若者をひとかどの裁判官に育て上げる。それは〔日本の〕企業の場合と同じなのだ。」⁽⁵⁹⁾司法部も例外ではないと彼は強調した⁽⁶⁰⁾。

なんらかの基準を用いて、日本の司法部は裁判官の生活を異常なまでに統制する⁽⁶¹⁾。事務総局が決めるのは昇給と昇進ばかりか、事件の配点や裁判官の任地にまで及ぶ⁽⁶²⁾。外交官ないしは軍人によく似て、職業裁判官はおよそ三年ごとに転勤せざるをえず、しばしば意に沿わない任地にも送られる。たとえば、刑事が得意な東京出身の裁判官が、地方の家裁に配属されることもある⁽⁶³⁾。裁判官は官舎住まいが一般的であり、それは僻地では司法部が用意する寮のような建物であることもある⁽⁶⁴⁾。新しい任地に着任すると、裁判官は避けたほうが無難な弁護士や他の有力者のリストを受け取ることさ

えある⁽⁶⁵⁾。

ある任意の一時点をとって、「サヨク」氏のそれまでのキャリアをみれば、彼が最高裁判官の有望な候補者かどうかを予測することができよう。彼にその望みがあるとすれば、彼はエリートコースにしっかり乗っていることがわかるポストを、歴任してきているはずである。そのエリートコースには、以下の日の当たるポストのほとんどではないにせよ多くが含まれていよう。すなわち、東大あるいは京大、ときには中大で拔きんでた成績を収め、司法試験を高得点でパスしたあと、彼は司法修習生となり、終了後は初任あるいは初任後まもなくの任地として東京地裁に勤務する⁽⁶⁶⁾。彼は民事であれ刑事であれ行政であれ、特定の法律分野で専門知識を磨き、ある時点で最高裁判調査官として勤務することを命ぜられる⁽⁶⁷⁾。その後一つないし二つのポストをこなすと、彼は最高裁判調査官を統括する責任を負う首席裁判調査官あるいは上席裁判調査官として、最高裁に戻ってくることすらある⁽⁶⁸⁾。調査官に加えて、あるいは調査官になるかわりに、司法研修所教官ないしは内閣法制局参事官として勤務を命ぜられることもある。内閣法制局とは、政府立法を審査し法律問題について内閣に助言する責任をもつ少数精鋭の政府機関である⁽⁶⁹⁾。彼はアメリカあるいはドイツで法学修士を取得するために、海外の大学に国費で派遣されることもある。キャリアの中盤から後半にかけて、彼は順調にいけば東京高裁判管内の地裁所長になる。たとえば静岡地裁、千葉地裁、横浜地裁といった所である。あるいは、日本の代表的な高裁である東京高裁、大阪高裁、さらにはおそらく名古屋高裁に勤務する。さらにうまく運べば、彼は高裁長官として、とりわけこれら三つの高裁のいずれかの長官にのぼりつめる。

もちろんエリート裁判官でも、東京、大阪、名古屋の大都市から遠く離れた僻地での勤務もさせられる。同様に、エリートコースに乗っていない裁判官も東京地裁あるいは主要な高裁の一つで短期間でも勤務する機会に恵まれ

ることもある。冷遇された裁判官もときには望ましいポストに就けるのは、僻地での勤務のすぐあとに東京近郊での勤務で埋め合わせる人事政策を事務総局が巧みに取っているためである⁽⁷⁰⁾。しかし相対的にみれば、エリート裁判官は同期の裁判官に比べて、好ましい任地の格上の裁判所にきまって長く勤務し、家裁や僻地の地家裁支部にはあまり長くは勤務しないのである⁽⁷¹⁾。

とりわけ、エリートコースに乗った裁判官は不釣り合いなほど長い期間、事務総局で司法官僚として勤務する⁽⁷²⁾。そして事務総局の中でも、最も期待され優遇されている裁判官は人事局に配属されるのが通例のようである。そこで彼らは、同僚の裁判官たちのキャリアを動かす仕事に就く⁽⁷³⁾。人事局長になれる裁判官はまれにみる栄達者といえる。加えて、最高裁長官が彼を事務総長に選任すれば、彼は最高裁裁判官へのほぼ確実な切符を手に入れたことになる⁽⁷⁴⁾。

キャリアを順調に重ねるかどうかにかかわらず、最高裁入りを望む裁判官なら最後の資格を持たなければならない。——すなわち、それは正真正銘の生年月日である。タイミングがきわめて重要なのだ。職業裁判官に事実上配分されている六つの最高裁裁判官ポストの一つを射止めるには、そのとき60歳代前半から半ばである必要がある。それならば、70歳という最高裁裁判官の定年年齢まで、彼は少なくとも数年は務めることができる⁽⁷⁵⁾。同時に、彼はポストに空きができたときに、若すぎてもだめなのだ。というのも、長い任期の間に当該の最高裁裁判官が身分の安泰なことをいいことに、最高裁の内部統制を離れて、イデオロギー的に意外な、あるいは好ましからざる行動をとって、政府を手こずらせるかもしれない。こうしたリスクを冒すことを政府は好まないからだ⁽⁷⁶⁾。近年ではほとんどどの最高裁裁判官も、定年まで10年以上勤務したことはない⁽⁷⁷⁾。

くだんの「サヨク」氏のことを考えてみよう。彼はリベラルなので、憲法

問題で政府にたてつく原告を支持する裁定を行いがちである。彼にとってよいニュースは、そうした行動をとっても彼が解雇されることはまずないということである。少なくとも歴史がそれを示している。裁判官がその職を追われることはめったにない⁽⁷⁸⁾。政治的あるいはイデオロギー的理由で解雇された唯一の明白な事例は、宮本康昭の一件である。彼は判事補を10年務めた後に判事への再任を拒否された。その理由は、彼が青法協として知られる中道左派の法曹グループの組織的な活動に携わっていたからだと一般に推測されている⁽⁷⁹⁾。裁判官の解雇がめったにないからといって、司法部が特定の裁判官に対して、再任を求めず、早期に退官するよう、あるいは依願退官するよう強く迫ることがないわけではない。司法部は確かにそうした行動に出るのである。そして裁判官を退官に追い込む最も効果的なやり方は、さなければ再任拒否されてもいいのかと本人に伝えることかもしれない⁽⁸⁰⁾。そこで、次のように疑問が当然発せられよう。辞めさせたい裁判官以外の裁判官もそのメッセージを真に受けて、当該裁判官以外の者まで退官させてしまうのではないかと⁽⁸¹⁾。それでも、司法部は10年の判事補の任期を終えた「サヨク」氏の判事への再任拒否はしたくないというのが、相変わらずの本音だろう。宮本の再任拒否は、司法部ならきっと二度とごめんの辛らつな批判を招いたからである⁽⁸²⁾。

一方、「サヨク」氏にとって悪いニュースは、以下のとおりである。司法部としては、本気で再任拒否するぞと彼を脅さなくても、彼にリベラルな裁定を出させないことはできるし、彼が憲法問題に影響を及ぼさないことも担保できるのだ。人事局の好みに沿って行動しない裁判官は、人事局に協力的な裁判官と同じ機会を与えられず、また同じキャリアを歩むことはない⁽⁸³⁾。青法協会員裁判官が置かれた境遇をみれば、左翼やその他のイデオロギー的に従順でない者に対して司法部がいかに冷酷に対処するかがわかる。このグループ、とりわけ青法協会員裁判官が受けた屈辱については、青法協にかか

わりのない研究者がかなり明らかにしている⁽⁸⁴⁾。青法協とは青年法律家協会の略称である⁽⁸⁵⁾。青法協の目的は要するに「憲法を擁護する」⁽⁸⁶⁾ことであり、それが実際に意味するところは、青法協が憲法の平和条項を改憲勢力から守るということである⁽⁸⁷⁾。保守層は青法協を「共産党シンパ」⁽⁸⁸⁾と変わらないとみなし、青法協のような団体に裁判官が加入するのを拱手傍観しているとして、司法部を非難した⁽⁸⁹⁾。それに応えて、事務総局は裁判官に青法協から脱会するよう強く迫った⁽⁹⁰⁾。これに従った裁判官の中には、その後順調なキャリアを重ねた者も多くいる。実際に、そのうち何人かはついには最高裁判事にまでなったのであり、その1人である町田顕は最高裁長官にまでのぼりつめた⁽⁹¹⁾。しかし、脱会を拒んだ裁判官ははるかに悪い境遇に甘んじるようになった。ラムザイヤーとラスムセンは、概して青法協会員裁判官はそうでない裁判官に比べて、報酬が低く、司法行政ポストに恵まれず、さらには不人気の任地にしばしば回されがちであることを、統計学的に明らかにしている⁽⁹²⁾。国会の定数訴訟や自衛隊の合憲性のような微妙な問題について政府にたてつく判決を言い渡す、さもなければ自民党の要求を平然と無視する裁判官も同様である⁽⁹³⁾。

事務総局は定期的に裁判官を転所させることで、あまりに独立的であまりにリベラルな裁判官を巧みに退官に追い込んでいる⁽⁹⁴⁾。僻地への転所を命ぜられれば、裁判官は大都市勤務にともなうライフスタイルや文化的施設ばかりか、都市手当も失うことになる⁽⁹⁵⁾。その苦労は家族もちの裁判官にとってをはるかに打撃になる⁽⁹⁶⁾。子をもつ裁判官は子どもたちをよい学校に通わせたいと願うが、それらはいたいい東京か大阪にあるのだ⁽⁹⁷⁾。実際に、あまり人気のない任地に配属された多くの裁判官は、単身赴任でわびしい官舎住まいを余儀なくされる⁽⁹⁸⁾。そして、たとえ裁判官が自分から退官するのを拒んだところで、不人気の任地での勤務が続くことから、その裁判官がごたごたを引き起こそうにも限られたものにならざるを得ない。鹿児島の家

裁担当に配属された裁判官には、神経がすり減る訴訟をさばいたり、法の適用を方向付けたりする機会が、東京高裁の裁判官ほど恵まれてはいまい。

私がインタビューを行った人事局に勤務経験をもつ裁判官たちは、事務総局がより人気のある任地を特定の裁判官に割り当ててことは認めた。しかし、事務総局による人事上の決定はもっと温情的で非イデオロギー的観点からなされていると説明しようとした。これらの裁判官は口をそろえて、事務総局が直面する最大の課題は任官者のリクルートであったと述べた。とはいえ、彼らが直面した次に困難な仕事は、裁判官を「励まして」2年から4年ごとに彼らが最も必要とされる任地に異動させることだった⁽⁹⁹⁾。ある裁判官は、このローテーション方式をドイツのやり方よりもすぐれていると擁護した。ドイツでは職業裁判官の異動はない。彼のみるところ、ドイツではその結果、全国的に裁判所の質にばらつきが生じてしまったのである⁽¹⁰⁰⁾。日本のやり方はこの問題を回避していると彼は主張した。しかし、裁判官自身の犠牲を忘れてはなるまい。すなわち、慎重で継続的な職務上および地理的な配置換えの方式においては、一部の裁判官は不人気とみなされる任地への配属を避けられない⁽¹⁰¹⁾。一方では、最も人気のある任地——すなわち、大都市の大規模裁判所——に勤務する裁判官には、きわめて多くの事件数を取り扱わなければならない、訴訟を迅速に処理することがなにより求められる⁽¹⁰²⁾。だが、日本の大都市の大規模裁判所に最も有能な裁判官だけを集めることになれば、仕事が遅くあまり出来のよくない裁判官たちは、常に冷遇されていると感じてしまう⁽¹⁰³⁾。それゆえ、事務総局は、裁判官たちに人事システムは公平であると感じさせることと、裁判官を彼らが最も必要とされる任地へ送ることの間の、困難なトレードオフに直面しているのだ。——後者は、ある裁判官たちには一貫して冷や飯を食わせることを、ある程度必然化するものだ。こうした説明はなるほどもっともらしくきこえる。しかしそれは、学術的な合意に合わないばかりか、おそらくまた統計的証拠にも反していよう⁽¹⁰⁴⁾。識

者の間の通説によれば、日本の裁判官が司法官僚制とイデオロギー的に一致しなくなるのは、自分自身の不利益を覚悟の上のことである⁽¹⁰⁵⁾。

事務総局、おそらくより正確には人事局は次の二つの権限を備えることで、すでに保守的な司法部が保守的であり続けることをうまく確保している。しかも、政治的アクターの側でのそうした努力ないしは干渉をほとんど伴わずに、である。第一の権限は上述のとおり、裁判官の出世を左右できる事務総局ないし人事局の権限である⁽¹⁰⁶⁾。同じくらい重要な第二の権限は、事務総局ないし人事局が自らのスタッフと幹部を選べることである。理論的には、司法部での有力者のランキングは、最高裁長官、事務総長、人事局長の順となる。事務総長と人事局長は、建前上は最高裁裁判官会議で選任される。それは15人の最高裁裁判官から構成される⁽¹⁰⁷⁾。しかしながら、日本の司法部に詳しいある識者によれば、最も有力な司法官僚は、実際には人事局長であるといってもよい⁽¹⁰⁸⁾。加えて、裁判官会議は人事局長の人選のような人事に公式には責任を負うけれども、だれがそのポストにふさわしい候補者かを裁判官会議が決めるわけではない⁽¹⁰⁹⁾。人事局に勤務経験のある裁判官は、現実を次のように説明した。「最も有力な人物が候補者を選ぶ。だれが最も有力であるかは状況による。」⁽¹¹⁰⁾ 最高裁長官は司法部において「一般的にいて」「最も有力な」人物であるが、しかし必ずしもそうとはいえない。彼が個人的に人事について経験不足の場合は特にそうである⁽¹¹¹⁾。とりわけ人事局長ポストについては、現役局長がたいてい自分の後継者を指名する。そうでなければ、最高裁長官、「より有力な最高裁判事」ないしは事務総長がその役割を果たすだろう⁽¹¹²⁾。他の事務総局幹部ポストについては、一握りのベテラン裁判官が相談しあって、「だれがみても妥当である」結果をもたらすのである⁽¹¹³⁾。最高裁長官は、後継者選びと非公式協議のこうした過程から浮上した候補者を拒むことはできる。しかし、前出の裁判官はまったくあきらめず「そのような事態を想像する」ことすらできないと述べた⁽¹¹⁴⁾。

司法部がどの裁判官を昇進させるかを決めるのみならず、それ自身のスタッフと幹部を選任する権限を握っているからこそ、その制度は高度のイデオロギイ的慣性によって特徴づけられる。すなわち、ひとたび特定の経路で人事が動き始めると、慣性が働くかのようにひたすらその経路に沿って人事異動は行われ続けることになる。人事局のスタッフは、他の裁判官に対する人事権を用いて、彼らと同じ考え方をする裁判官を彼ら自身と同様の権限のあるポストにつける。その結果生じる任命と昇進のパターンは、循環的で人事局自身を強めるものである。人事局に勤務する判事 A は、判事 B と判事 C を人事局のポストに就ける。すると次には、判事 B と判事 C が互いに出世して、ゆくゆくは判事 A を裁判実務の世界を少しかじった後に司法行政ポストに連れ戻すのである。宮澤と大塚のことばによれば、「繰り返し事務総局に勤務するエリート裁判官は事実上お互いに任命しあい昇進させあっているのだ。」⁽¹¹⁵⁾ さらにもう一言加えれば、彼らは「サヨク」氏のような裁判官を、最高裁裁判官への出世が期待できるポストに任命し昇進させることはまずないのである。ただし、数十年にわたる職業裁判官としての勤務を通して、彼が周囲の裁判官全員に対して、その反体制的な意図を隠し続けることができるならば話は別であるが。いつの日か最高裁入りするはるかな希望を抱きつつ、40 年以上もその真の政治的内意を隠しおおせる法曹は、いてもほんのわずかだろう。最高裁長官は万一望むのであれば、理屈の上では「サヨク」氏を無名の深みから引っ張りあげることはできよう。しかし、最高裁長官がそのようなことをするとは考えられない。最高裁長官は彼自身を選り分け成長させ昇進させたシステムのイデオロギイ的傾向をものとししないわけではなく、むしろその傾向の権化になっているといえよう。

D. 最高裁裁判官へのもう一つの道

このように裁判官になってもうまくいかない現実を悟って、「サヨク」氏

は最高裁に通じるもう一つのルートに望みをかけようとするかもしれない。よいニュースはもう一つのルートが確かに存在するということだ。すなわち、職業裁判官には最高裁判官の15のポストのうち六つしか割り当てられていないのである⁽¹¹⁶⁾。残りのポスト数からみて、司法部は最高裁判官候補者を探しだし推薦するにあたって、相対的に小さな役割しか果たしていない。しかも、ポストに空きができる機会は、様々な要因が絡み合って、アメリカより日本のほうが圧倒的に多い。——すなわちその要因とは、相対的に多いポスト数、70歳という定年年齢、さらに60歳代半ばの者を任命するという慣行である⁽¹¹⁷⁾。従って、1年の間に3人から4人の最高裁判官が交代することも珍しいことではない⁽¹¹⁸⁾。悪いニュースは、いかに「サヨク」氏がそのルートを模索しても、依然として彼は不利な立場にあるということである。リベラルな考えの持ち主が職業裁判官のキャリアパスとは別の経路で最高裁判官をめざしても、そこにはそれぞれ固有の落とし穴や制約がある。それらを順にみていこう。

1. 検察官経由

「サヨク」氏は裁判官としてキャリアを積み上げても、最高裁判官にならないことはほぼ確実である。それ以上に、法務省の検察官になったとしても、最高裁に到達することはおそらくできまい。日本の検察官は、裁判官よりはるかに保守的だといわれている⁽¹¹⁹⁾。最高裁判官15ポストのうち2ポストは検察官出身者に割り当てられているが、実際には、この二つのポストにだれを就けるべきかについては、法務省が最高裁長官に推薦する⁽¹²⁰⁾。だれに聞いても、最高裁長官と事務総局はその推薦された人物に対しては、それを首相に伝える前にあまり精査はしないという⁽¹²¹⁾。法務省から推薦された人物を最高裁長官と事務総局が精査すべきとした理由もみあたらない。司法部からみて、法務省は信頼できるパートナーなのである。第二次大戦以

前には、司法部は司法省の統制と管轄の下に置かれていた⁽¹²²⁾。日本国憲法が司法権の独立を謳ったにもかかわらず、この二つの組織は密接な結びつきを続けてきた。判・検交流とよばれる長年の慣行、これは検察官の20%までが裁判官として勤務し、裁判官もまた検察官を経験する人事交流を指しているが、この判・検交流は共通の見解や物の見方を巧妙に涵養する仕組みになっている⁽¹²³⁾。法務省から判・検交流に出されて裁判官を務める者は保守的で、職業裁判官と同じ思考様式をとるといわれる⁽¹²⁴⁾。私のインタビューに応じてくれた人々は例外なく、最高裁裁判官それぞれのイデオロギー的位置づけを論じる際には、職業裁判官出身者と検察官出身者を同じ範疇で考えていた。法廷で政府を弁護してきた元検察官がひとたび裁判官席にすわると、政府寄りの傾向を常に示してしまうとしても、ほとんど驚くに値しない。

要するに、事務総局のベテラン裁判官より法務省のベテラン官僚をだますほうがたやすいと考える理由が「サヨク」氏になければ、最高裁入りするために彼が検察官の道に進むことはなからう。

2. 弁護士経由

「サヨク」氏は弁護士になった方が、司法部や法務省を経由するより最高裁裁判官への近道だと考えそうである。伝統的に、日本の弁護士は相対的に左寄りの人々の集まりである⁽¹²⁵⁾。「基本的人権の擁護」と「社会正義」の追求は、全く文字どおり、日本の弁護士全体の公式の目標であり責務である⁽¹²⁶⁾。その上、日本の弁護士はきわめて小規模な弁護士事務所に勤務し、自立を誇りとしている。——言い換えれば、官僚的メンタリティの正反対に位置づけられる⁽¹²⁷⁾。日本の弁護士のこのような特徴は、弁護士任官した裁判官の行動にある程度反映されている。私がインタビューした裁判官たちは口をそろえて、概して弁護士出身の裁判官は生え抜きの裁判官や検察官から転官した裁判官に比べてよりリベラルで、反対意見を表明しがちであると述

べた。出身が対照的な2人の裁判官——弁護士任官した概してリベラルな裁判官と裁判官生え抜きの概して保守的な裁判官——は、ほとんど正確に同じことばで、この二つのグループ間にみられる意見の相違を特徴づけ説明してくれた。すなわち、数十年にわたる裁判実務の経験によって、生え抜き裁判官は「安定」に重きを置き、一方で弁護士任官の裁判官は人権の擁護と「世界はいかにあるべきか」をより強調したがる、と⁽¹²⁸⁾。

法務省が元検察官を最高裁裁判官候補者として推薦するのと同様に、日弁連とその傘下の単位弁護士会が最高裁裁判官の四つの弁護士枠に候補者を推薦する。弁護士枠で任命されたある最高裁判事は、日弁連が候補者を推薦する過程を次のように述べた⁽¹²⁹⁾。日本の五つの主要な単位弁護士会——東京弁護士会、第一東京弁護士会、第二東京弁護士会、大阪弁護士会および京都弁護士会——の各々は、意見を聴取して候補者を選ぶ⁽¹³⁰⁾。歴史的にみて、候補者はたいていの場合、当該の単位会の会長あるいはそれに準じる高位のポストにある弁護士であった。しかし、このパターンは近年若干崩れつつあるようだ。東京三会それぞれの中では、弁護士は自ら所属する弁護士会に自分の意中の人物を伝える。そしてその結果、全般的な職場環境やイデオロギー的傾向において弁護士の間で「大きな相違」があることが明らかになっている⁽¹³¹⁾。東京弁護士会はとりわけ、(東大および京大と対抗する存在である)私大出身者を多く抱えており、それゆえよりリベラルな雰囲気があるといわれる。一方で第一東京弁護士会には、大規模事務所をかまえる幾分より保守的な傾向のある弁護士が多くを占めている⁽¹³²⁾。東京三会の間にこうしたイデオロギー的相違があることによって、最高裁裁判官の構成は間接的に常に変化してきた。この点はのちに説明する。

各地の単位弁護士会の候補者が出そろったところで、これら単位会を統括する組織である日弁連は最高裁判所裁判官推薦諮問委員会を開催し、そこで候補者はほぼ3名に絞られる⁽¹³³⁾。この絞られた候補者リストが司法部に提

出され、その後司法部が1名ないし2名を選んで首相に推薦する⁽¹³⁴⁾。どの場合でもだれを候補者にするかにあたって、日弁連が腐心するのは各地の単位会のバランスを保つことである。このルールは非公式のものではあるが、東京三会と大阪弁護士会はそれぞれ、最高裁に少なくとも1人は送り込めるものと期待している。名古屋弁護士会と神戸弁護士会〔訳者注：現・兵庫県弁護士会〕は最後の1ポストを得ようと時に争うことがある。

人事局に勤務経験のある裁判官たちは、日弁連の推薦は当然のものとして受け入れられるし、司法部は単位弁護士会がその候補者を選定する過程に介入しないし干渉しないと指摘した。しかし、日弁連がだれを最高裁判事に任命すべきかを自由に決められると結論するなら、それは単純すぎよう。単位弁護士会が公式にその候補者を決める前に、事務総局と相談し交渉していることはだれも否定しない。そのような議論を通じて、司法部は受け入れがたい候補者の氏名が挙がるのを避けることができる。それぞれの単位弁護士会を率いる人々は、だれを選ぶことができるかについて不文の制約があることを自覚している。候補者はあまりにリベラルであってはならず、また論争的な問題をめぐって、政府の感情を害するような公的申し立てを過去にした記録をもっていない⁽¹³⁵⁾。候補者を出そうという単位弁護士会は次のことを自覚している。もし司法部に受け入れがたいことが明白な候補者を推薦すれば、候補者を拒否されるばかりか、その単位会自体が信頼を損ない、今後の候補者推薦に対する影響力を危険にさらすことになる、と⁽¹³⁷⁾。日弁連の推薦が常に最高裁長官によって受け入れられているとすれば、それは日弁連が注意を払って、最高裁長官が受け入れられる候補者しか推薦しないためなのである。

「サヨク」氏にしてみれば、弁護士になれば、彼自身のようなリベラルな考えの持ち主でも最高裁への道が開けると期待していよう。彼が競争しなければならぬ弁護士がきわめて多くいることを考えれば、彼の勝ち目はもち

ろん薄い。それでも、彼が開業してキャリアを積み、彼が所属する単位弁護士会に注意深く食い込み、あからさまにリベラルな態度をとることを慎み、東京三会のいずれかでの要職にのぼりつめるならば、「サヨク」氏にも最高裁入りする芽があるかもしれない。だがあいにくなことに、弁護士出身の最高裁判事が最高裁にリベラルな影響を与えかねないことは司法部にも明らかである。そこで司法部は次第に対応策を講じて、最高裁裁判官の構成を変えることで、弁護士とりわけ比較的リベラルな東京弁護士会の影響力を確実に削いできている。

公式のあるいは法的な取り決めがあって、最高裁裁判官の15ポストが特定のやり方で法曹界の各部門に配分されているわけではない。しかし、ある割当ての慣行が最高裁の黎明期にすでに確立されたのであった。1947年の最高裁の発足当初、最高裁裁判官の出身構成は6人の職業裁判官、5人の弁護士、1人の検察官、1人の法律学の教授、1人の行政裁判所長官、そして1人の外交官からなっていた⁽¹³⁸⁾。まもなく、最高裁裁判官の15ポストは異なる三つのグループに均等に配分されるのが望ましいとされた。すなわち、5ポストは「司法官僚」（裁判官と検察官を包含するカテゴリー）に、5ポストは弁護士に、さらに5ポストは学識者、官僚、および何らかの意味で「知識人」とおおまかに分類される人物に、というわけである⁽¹³⁹⁾。伊藤博は次のように指摘する。「これらグループの間での均等な比率は、それぞれのグループにとってほとんど既得権とみなされるようになった。最高裁裁判官に空きができるときまって、そのポストを失ったグループが、あたかもその空きを埋める資格が当然与えられているかのようにふるまった。」⁽¹⁴⁰⁾

オブライエン教授と大越教授によれば、最高裁裁判官ポストをめぐる現在の慣行は、職業裁判官6、弁護士4ないし5、行政官2でそのうち1は外交官、検察官1ないし2、そして法律学の教授1である⁽¹⁴¹⁾。本稿執筆時点では、最高裁裁判官の実際の構成はこの不文のルールに完璧に合致している。すなわ

ち、職業裁判官（竹崎博允長官を含む）6、弁護士4、検察官2、法律学の教授1、行政官（最高裁裁判官の中で唯一の女性〔記者注：2010年4月に学識者枠で岡部喜代子判事が就任したことで、女性裁判官は二人になった〕）1、そして外交官1という構成になっている⁽¹⁴²⁾。ポストの実際の配分はときどき変動する。たとえば、2003年4月から2006年3月までは、最高裁には3人の行政官出身者がおり、裁判官および検察官出身者はあわせて7人しかいなかった。

しかしながら、最高裁の人的構成をひとつ変えることで、固定的で作為をはらんだ変化がもたらされたことがあったと考えられる。1958年、田中耕太郎長官の下で、2人の弁護士枠の最高裁判事が退官した。しかし、うち1人だけが弁護士枠から補充され、もう1人は職業裁判官枠に振り替えられた⁽¹⁴³⁾。この変化の本当の理由をめぐる議論のあるところである。ある裁判官によれば、表向きの理由づけは最高裁の各小法廷の人的構成に関係があるというものであった⁽¹⁴⁴⁾。最高裁は三つの小法廷に分かれ、その各々は5人の裁判官から構成され、各小法廷が最高裁に上告される大多数の事件を取り扱う⁽¹⁴⁵⁾。まれで非常に重要な事件だけが、15人の最高裁裁判官全員がそろって大法廷で審理される⁽¹⁴⁶⁾。裁判官は小法廷間を異動することはない⁽¹⁴⁷⁾。また小法廷は事件の種類で専門に分かれているわけでもない。すべての小法廷が刑事事件も民事事件も審理することになる。そこで主張されたのは、各小法廷には刑事および民事の専門家をそれぞれ最低1人ずつは所属させるべきであるということだった。職業裁判官出身者の数を5から6に増やせば、各小法廷に刑事裁判官と民事裁判官1人ずつを所属させることがおそらく可能になるだろう。

この説明を私にしてくれた同じ裁判官はまた、それを全く説得力がないともみなしていた。彼が強調したところでは、最高裁に職業裁判官出身の裁判官を全部で6人にしたところで、実際には、すべての小法廷に刑事裁判官と民事裁判官1人ずつを所属させることにはならない。最高裁長官はこれら6

人に含まれるが、彼は所属する小法廷の審理には慣例として加わらないのである⁽¹⁴⁸⁾。彼が実際の判決に関与するのは、大法廷の裁判長としての場合に限られるのだ。従って、小法廷のどれか一つは4人の判事で運営されており、4人のうちの1人だけが職業裁判官出身者なのである。ところが、4人構成の小法廷が他の二つの小法廷より事件処理能力で劣っているとする深刻な指摘、ないしはゆゆしき疑念はついぞ表明されてこなかった。

この裁判官は自分の考えを次のように述べた。最高裁の構成について、前述の固定的な変化が生じたのは、ある人物ないしグループ——おそらく田中長官であって、彼は保守派傾向の強いことで知られていた——が、最高裁からリベラル派を追放して保守色を強めるためだったのである。弁護士枠を一つ減らして職業裁判官枠を一つ増やすことによって、最高裁はイデオロギー的に大きく変わることになった。というのも、職業裁判官出身者と検察官出身者は一般に最高裁で最も保守的な裁判官であり、一方、弁護士出身者と学者出身者は一般に正反対の立場にあると概して考えられているからだ⁽¹⁴⁹⁾。加えて、変化の矛先はとりわけ東京弁護士会に向けられた。東弁は以前には最高裁に2ポストをもっていたが、その後は1ポストに減らされることになったのだ⁽¹⁵⁰⁾。事実上最高裁にポストを得ていた各単位弁護士会の中で、東弁はかなりリベラルとの評判を得ている⁽¹⁵¹⁾。この裁判官は、東弁のポストが1に減らされたのと同時に、東弁が最高裁の保守的な判決に批判を口にしはじめたのは、単なる偶然の一致ではないとみている⁽¹⁵²⁾。

最高裁の構成がこのように変化したために、「サヨク」氏のようなリベラル派の最高裁入りするポスト数が減らされたばかりか、「サヨク」氏のようなリベラル派がたまたま最高裁に入ったとしても、必ず数で負けてしまうことになってしまった。その裁判官いわく、最善のシナリオの下でさえ、最高裁のリベラル派裁判官は保守派裁判官に数で勝てないだろう。せいぜい、リベラル派には7票しか集まらず、一方保守派は少なくとも8票は必ず集める

ことができる。リベラル派が7票を集めることさえ、4人の弁護士出身者と法律学の教授出身者がイデオロギー的に結びつかなければならないし、さらに2人の行政官出身者もこれに加わらなければならないのだ。こんなことはなからありえない。彼ら行政官には当然、日本官僚制の地金がたたき込まれている。加えて、下記で論じるように、彼らは自民党が最高裁に送り込んだのだから⁽¹⁵³⁾。対照的に、6人の職業裁判官出身者と2人の検察官出身者はいうまでもなく保守的であり、たとえ彼らが行政官出身者から支持を取りつけることができなくても、すでに彼らは過半数を握っている。

3. 行政官経由

最高裁裁判官の二つの行政官枠には一定の条件がつく。たいてい、2ポストのうちの一つは外交官出身者から選ばれる⁽¹⁵⁴⁾。1ポストを外交官に委ねるには十分な理由がある。条約解釈や国際法をめぐる問題に専門知識のある人物を起用するのを、最高裁は有用だとみているのだ⁽¹⁵⁵⁾。もう1ポストは内閣法制局長官経験者、ないしは学部では法律を学んでいるかもしれないが、法曹実務の経験がほとんどあるいはまったくない人物に回される⁽¹⁵⁶⁾。このポストはまた女性が占めたことのある唯一のポストである〔訳者注：ただし前述のとおり、2010年4月に学識者枠で岡部喜代子判事が就任した〕。——直近では、元労働省の官僚だった櫻井龍子判事がそれにあたる⁽¹⁵⁷⁾。

本稿の目的から、最高裁判事として勤務する元行政官について、二つの重要な点に留意しておく必要がある。第一に、彼らはたいていさほどリベラルではない⁽¹⁵⁸⁾。その職業的背景や経歴に基づいて、彼ら元行政官の最高裁判事のイデオロギーをこのように一般化したところで、もちろんはっきりした例外もある。たとえば、2005年に最高裁判事を退官した元外交官の福田博は、ほとんどきまって少数意見になるとはいえ、1票の価値の平等をはっきり主張する裁判官として知られていた⁽¹⁵⁹⁾。もっといえば、職業裁判官出身

の最高裁判官がそろいもそろってごりごりの保守派であるというわけでもない。人事局長および事務総長を歴任し最高裁判事を最近退官した泉徳治は、最高裁判事就任後、驚くほどリベラルに行動し少数意見に与してきたと報じられた⁽¹⁶⁰⁾。しかし、そのような最高裁判事はまさに例外である。そして、本稿が示そうとしてきたように、ありとあらゆる理由から、そのような人物がもっと多く最高裁入りすることはないのである。

留意しておくべき第二の点は、行政官出身者は憲法が想定する手続きどおりに実際に選任される唯一の最高裁判事である、ということだ。すなわち、彼らは内閣によって選任されるのである⁽¹⁶¹⁾。ある裁判官はおそらく皮肉をこめてこう指摘した。最高裁判事の候補者を実際に決めるのは最高裁長官だけであるとする見方は、建前にすぎない、と⁽¹⁶²⁾。むしろ、建前にみえる、憲法の条文に謳われていることが、実はそのまま真実なのである。すなわち、内閣が最高裁長官に内閣が任命したい候補者を諮り、最高裁長官が正式にその氏名を首相に伝え、そのうち内閣は自らの人選を承認するのだ⁽¹⁶³⁾。

というわけで、「サヨク」氏のような異質のイデオロギーをもつ者が法務省あるいは司法部そのものではなく、行政官としてのキャリアを伝って最高裁入りする可能性もほとんどない。彼がこのルートをとるのであれば、彼は次のいずれかの方法で、わずかなチャンスをふくらませるほかないだろう。将来大使になることを夢見て若き外交官として外務省に入るか、あるいは、内閣法制局長官になんとかしてのぼりつめるかである。とりわけ、彼はあまたいる候補者の中から、自民党によって直接選ばなければならない。そして、自民党は最高裁判事にリベラル派を任じることはないのである。

4. 学識経験者経由

これまでは、法律学の教授が最高裁入りを果たす過程についてほとんど論じてこなかった。ヘイリー教授は、他の最高裁判官ポストと同様に、その

過程は比較的定式化されており、その候補者には狭い範囲の者しか該当せず、最終的に最高裁長官には裁量の余地がほとんどないと主張する⁽¹⁶⁴⁾。しかし、私自身の調査によれば、その過程は比較的场所当りたてであり定式化されておらず、その過程を導く非公式のルールや取り決めもない。それゆえ、最高裁裁判官の学識者枠ほど、最高裁長官がその人選に大きな裁量をもっているポストはない。

このように、学識者枠に定型化された人選の進め方がないのは、学者がそのポストに任命されるのが比較的不定期なためであり、また、日弁連や行政官庁に相当する公的な組織が法学者には存在しないためでもある。法学者にもそのような組織があれば、候補者を絞り込むのに必要な手続きがつくられていたことだろう。元法律学の教授のある裁判官は、自分が任命された過程を自分があずかり知らぬ「ブラックボックス」だと述べている⁽¹⁶⁵⁾。事務総長と人事局長の勤務経験をもつた別の裁判官は、法学者のうちでだれが任命されるかは「ケース・バイ・ケース」だと指摘する⁽¹⁶⁶⁾。

それでも、この裁判官は、この過程についてやや詳しく述べてくれた。彼はその過程全体を、事務総局が実質的な役割を果たす、「原初的」ではないにせよ、未完成の過程と特徴づけた⁽¹⁶⁷⁾。内閣に意中の候補者があれば、内閣はその選択を行うにすぎない。もしそうでなければ、内閣は司法部に人選を依頼し、そうすると人選は最高裁長官の肩にかかってくる。最高裁長官は事務総局に候補者の当たりを付け評価を行うよう依頼するのである。そのような場合に、その仕事の大半は人事局長が引き受けることになる⁽¹⁶⁸⁾。そこで人事局長は、明確な行程表なしに協議と評価を行うものとみられる⁽¹⁶⁹⁾。この裁判官の見方によれば、すでになんらかの制度的構造があって、それに基づき対象者が絞られ、候補者予備軍にその自覚を促すわけではないので、事務総局は最高裁裁判官の他の枠で空きポストを埋める場合より範囲を広げて、法律学の教授の人選に取りかからざるを得ない。

なるほど、候補者の対象範囲は年齢、評判、さらには専門領域によって、いくらか狭めることはできる。やはり人事局長であった別の裁判官は、民法、刑法、行政法、そして条約解釈といった、最高裁にとってとりわけ価値のあるはっきりした専門領域を専攻している学者に、対象者は絞られるようだと述べた⁽¹⁷⁰⁾。彼はまた、事務総局が、退官する学識者枠の裁判官自身に後任にはだれがふさわしいか助言を求めるらしいとも指摘している。しかし、私がインタビューした裁判官および研究者が一樣に主張するのは、学識者枠に対して、だれがみてもこれしかないという人選を確認することは、時がたつにつれてますますむずかしくなっているということだ。約20年前、団藤重光と伊藤正己は東大法学部教授としてきわめて高名であり、最高裁が彼らを選ぶのになんのちゅうちょもなかった⁽¹⁷¹⁾。対照的に、今日における日本の法学者といえば、候補者の範囲がより拡大されより複雑になり、より多様になっているので、そこから、だれがみてもこれしかないという人選がなされることは期待すべくもない⁽¹⁷²⁾。

最高裁裁判官となった法律学の教授は概して、比較的リベラルで独立心が強いといわれてきた⁽¹⁷³⁾。日本の法学界が左傾的であることを考えれば、このことは驚くに当たらない。しかし、司法部が彼らの影響力を弱めることは困難ではない。司法部によるそのための単純で効果的なやり方は、学識者ポストを一つに限定してきたことであった。もう一つのやり方は、あまりにリベラルな候補者を選ばないことであった。最高裁長官および事務総局が許容しえないほど左がかっている教授は、最高裁入りを望みえない。人選に携わる保守的なベテラン裁判官たちは実質的な裁量権とますます広範な候補者を手中にしている。最高裁を左傾化させることが人生の目標である筋金入りのリベラルを任命させない動機も実力も、彼らは備えている。最高裁入りするためには、「サヨク」氏のような人物はこれら門番たちを欺く以外にやりようがなく、彼が学界の中のキャリアを通じてそうすることはきつとたやすいこ

とではなかろう。どうすれば、彼が定評のある、そして最高裁ににらまれかねない業績を挙げもせずに、学者として十分に著名になれるのか。学究としての彼の義務と責任は、彼の意見を表明することであり、それを秘匿することではない。しかし、そうすることで、彼はあの最高裁の門番たちに、彼は最高裁の門の外に閉め出す必要があるという警告を与えてしまうだろう。

第三章 最高裁裁判官に対する制度的压力

A. 時間の制約—1：間近な退官

たとえ「サヨク」氏があらゆる不利をしのいで、最高裁裁判官になったとしても、彼は日本の憲法体系に革命を起こす、ないしは、最高裁をその長いまどろみから目を覚まさせることは依然としてできないだろう。その代わりに、彼は自分の影響力を十分発揮させえない一連の要求と制約の下で、執務せざるを得ないことを自覚するのである。彼はまた、ある裁判官が悲しげに述べているように、日本の最高裁が「もう一つの官僚機構にすぎない」ことに気づくだろう⁽¹⁷⁴⁾。いかなる官僚機構でも、その制度のルールと実践によって、そのメンバーの見解と行動が形成されると考えられる。実際に、ある意味では裁判官が最高裁を形成しているというよりも、最高裁が裁判官を制約しているといつてよからう。

先に論じたように、「サヨク」判事が遭遇すると思われる第一の問題は、彼が数の上で不利であることだ。すなわち、最高裁裁判官を任命する過程とそのポストが配分されるやり方を通じて、リベラル派が最高裁の多数派を形成することはまずできない。第二の問題は、彼が目標達成に必要な原点的資源を欠いていることである。彼に明らかに欠けている重要な資源は時間である。彼がなにを達成したくても——そして、最高裁の憲法体系を変革しようという目標はあまりに野心的であるが——彼にはそのためのわずかな時間し

かない。最高裁裁判官は70歳の定年間に任命される⁽¹⁷⁵⁾。最高裁裁判官としての平均勤続年数は、1940年代から1950年代の8年以上から、1990年代の約4年へと短くなっている⁽¹⁷⁶⁾。

最高裁裁判官の在職期間にばらつきがあるのも、全く無作為とは思われない。むしろ、歴史的に示唆されるのは、リベラル派と目される判事が最高裁に過大な影響力を及ぼさないように、慎重な努力が払われてきたということだ。その前歴からみてより独立的に行動しそうな判事——すなわち、弁護士出身者——は、より老齢で任命されるようだ。1947年の最高裁発足から今日に至るまで最高裁裁判官の在職期間をみると、職業裁判官出身者は平均7年であり、行政官および検察官出身者は6.9年であるのに対して、弁護士出身者は5年にすぎない⁽¹⁷⁷⁾。弁護士出身者とそれ以外の前歴をもつ裁判官の在職期間のこの差は、統計学的に有意である⁽¹⁷⁸⁾。このパターンと一致して、直近の弁護士出身判事である宮川光治は、2008年夏の任命時に66歳であった。これにより彼は4年以上在職できない。

法律学の教授出身判事の平均在職期間はほぼ7.5年であった。しかし統計学的にみて、彼らは弁護士出身判事以外のどの出身枠の判事より長く在職しているわけではない⁽¹⁷⁹⁾。その上、法律学の教授枠について今後は、より定年年齢に近い者が任命されると予想される。人事に経験豊富なある裁判官によれば、現在の目標は5年以上勤務しない法律学の教授を任命することだそう⁽¹⁸⁰⁾。彼の説明によれば、その理由は、もしある最高裁裁判官が「不人気な」立場を取ったり、訴訟を「国民に支持されない」やり方で裁いたりしても、国会あるいは内閣ができることはほとんどないためである⁽¹⁸¹⁾。そのような立場を取る最高裁裁判官があまりに若くして任命されると、その結果生じる事態を「変えることは困難」だろう⁽¹⁸²⁾。反対に、たとえトラブルメーカーかもしれない候補者が選抜過程をすり抜けても、任命がより老齢時になされればその裁判官はまもなく退職しなければならないのである。

この裁判官による内情に通じた説明は、ラムザイヤーとその共著者によってなされた説明をまさに裏づけている。ラムザイヤーらはこう主張したのだ。最高裁裁判官を短い期間しか在職させないのは、裁判官の首を切れない裁判所に対して政治的イデオロギー的統制を行き渡らせるための、熟慮された戦略であった、と⁽¹⁸³⁾。そのような戦略は、最高裁裁判官がやがてイデオロギー的に立場を変える可能性を減じるばかりか、なんらかの特定の判決が矩を踏み外すコストを抑える。アメリカの共和党あるいは民主党と違って、自民党は常にではないにせよ、ほぼいつも政権党であることは自明である⁽¹⁸⁴⁾。ラムザイヤーらが主張するには、アメリカの共和党あるいは民主党には、比較的若い裁判官を任命する相応の動機がある。それは、ライバル政党が政権に就いて、空きができた裁判官ポストに、もっと手を焼きそうな裁判官が任命されないようにするためなのだ⁽¹⁸⁵⁾。しかしながら、この戦略は、裁判官が当初から期待通りの行動をしない、ないしは時がたつにつれてイデオロギー的立場を変えるリスクを避けられない⁽¹⁸⁶⁾。対照的に、自民党は政権交代によって他の政党が将来の空きポストにリベラル派裁判官を起用することを心配しないですむ⁽¹⁸⁷⁾。それゆえに、自民党はアメリカの場合と違って、在職期間の短い裁判官を任命する戦略を取ることができるのである⁽¹⁸⁸⁾。

「サヨク」判事には最高裁の憲法体系を変革しようにも限られた機会しか与えられないが、この機会は次の事実によってさらに減らされよう。すなわち、憲法上影響力の大きい訴訟は、最高裁レベルでさえも日本では比較的まれなのである。しかも、その原告に法的変革をもたらす準備と決意がある訴訟ならなおさらだ⁽¹⁸⁹⁾。ある最高裁判事はその同僚についてこう述べた。純粋な憲法訴訟があまり提起されないのは、最高裁裁判官の在職期間の短さと結びついて、「彼らが憲法訴訟で信頼を得るまでに、彼らは退職せざるを得ない」からだ、と⁽¹⁹⁰⁾。

B. 時間の制約—2: 過剰な仕事量

しかしきっと、「サヨク」判事はこう考えることだろう。このニュースには希望の光が差している。すなわち、憲法訴訟が少ないことで、もっと多くの時間とエネルギーを上告される訴訟に注いで、それぞれの訴訟を最大限に利用することができるのではないか、と。ところがそうはならないのだ。こうした意味でも、「サヨク」判事はその目標達成に必要な時間が足りないのである。すなわち、日本の最高裁判官の仕事量は圧倒的に多い。2006年の最高裁の新受件数は、民事・行政事件で7,180件、刑事事件で4,293件であった⁽¹⁹¹⁾。従って、その新受件数の総数はアメリカ連邦最高裁のそれとさして変わらない⁽¹⁹²⁾。しかし、アメリカ連邦最高裁とは異なり、日本の最高裁は事件を審理するか否かの裁量権をほとんどもっていない⁽¹⁹³⁾。1996年に制定された民事訴訟法は、上告受理の申立てがされた事件を受理するかどうかについて部分的な裁量権を最高裁に認めたが、しかしこれらの改革は不完全であり効果的でなかった。加えて、刑事訴訟および行政訴訟においては対応する改革はなされなかったのである⁽¹⁹⁴⁾。さらに悪いことに、刑事訴訟法における、重大な事実誤認などの事由でなされる、時間のかかる上告審の職権破棄を期待して上告申立てがなされうるし、またたいていなされるのである⁽¹⁹⁵⁾。

結局のところ、日本の最高裁は年間およそ1,000件の訴訟を処理しており、その大部分は上告書類の精査のみに基づいて決着をつけることが可能である。このことは実際には次のことを意味する。通常の勤務日において、小法廷はそれぞれ1日に8件から10件を処理しなければならない。ある裁判官が指摘したように、最高裁の開庁日を年間でおおよそ300日と仮定すれば、1日10件がより現状に近い数になる⁽¹⁹⁶⁾。これら訴訟のおおよそ半数は、実際に評議にかかる⁽¹⁹⁷⁾。これには時間がかかることもある。比較的やさしい事件でさ

え、1～2 時間は評議され、むずかしい事件となれば小法廷の裁判官たちが5 時間ないし6 時間も評議を尽くすこともまれではない⁽¹⁹⁸⁾。大法廷に回付される事件ははるかに時間がかかる。そのような事件の困難さと重要さのためばかりか、15 人全員が審理に加わるためでもある⁽¹⁹⁹⁾。評議が不要と判断されたときには、小法廷は時間を節約して、文書を持ち回って事件を処理する⁽²⁰⁰⁾。そして調査官は八方手を尽くして、おびたしい数の定型例文を判決・決定のために用意するのである⁽²⁰¹⁾。しかし、そのような補佐機構の助けを借りても、最高裁の仕事量は依然として他国の最高裁に比べて信じがたいほどである。比較のために、2006 年のアメリカ連邦最高裁は68 件に判決を言い渡しただけであり⁽²⁰²⁾、カナダの最高裁のそれは59 件にすぎない⁽²⁰³⁾。

驚くべきことに、最高裁は提訴後2 年以内にすべての民事および刑事事件のおよそ98%をなんとか処理している⁽²⁰⁴⁾。しかし、行政事件ははるかに時間がかかる傾向にある。すなわち、89%だけが2 年以内に片付き、その比率は近年下がりつつある⁽²⁰⁵⁾。最高裁は最近、行政調査官——すなわち行政事件を専門とするロー・クラーク——を増員した。しかしそれでも、行政事件の新受件数が増えその複雑さが深まることに対応できていない⁽²⁰⁶⁾。何人かの裁判官は、取扱件数があまりに多いので、憲法問題が提起されても、最高裁がそれに適切な注意を払うことはむずかしいとみている⁽²⁰⁷⁾。こうした未決訴訟処理にかかわる重圧は、「サヨク」判事にとって明らかな困難をもたらす。すなわち、もし彼が日本の憲法体系を左傾化させるとすれば、彼はその価値のある事件を探し出し、その事件を十分吟味する時間を見いださなければならないだろう。しかし、時間は有限であって、彼にその余裕はない。

C. マンパワーの制約：裁判官と調査官の逆説的な関係

「サヨク」判事はこれらの障害を克服できないものとは考えないかもしれない。たとえ彼が少数派であっても、彼はきわめて説得力のある意見を書く

ことで、同僚の裁判官の意見を変えようと努めるだろう。それに失敗しても、後世の訴訟当事者や法曹が依拠することになるかもしれない、影響力のある補足意見や反対意見を知的遺産として遺すことを彼は狙うかもしれない。しかし、過剰な仕事量と間近に迫った定年退官に直面しながらそうするためには、彼は援助を、それもたくさんの援助を必要とするだろう。個別意見を表明しようとする裁判官は、わずか3週間から1か月でそれを作成しなければならないからだ⁽²⁰⁸⁾。「サヨク」判事に、あまりにも少ない味方、あまりにも多い事件、そしてあまりにも少ない時間が同時に重圧として襲いかかる中で、彼が期待できる唯一の明らかな解決策がある。——すなわち、自分自身に割り当てられたロー・クラークに頼るという由緒あるアメリカの伝統である。

もちろん、ここが日本であることを割り引く必要がある。従って「サヨク」判事には自分が意のままに指示できるロー・クラークはいない。調査官は特定の最高裁裁判官に付いているわけでも、その裁判官のために働いているわけでもない。そうではなくて、すでに指摘したように、彼らは最高裁全体のために働くものとして、事務総局によって選抜された出世コースにある裁判官なのである⁽²⁰⁹⁾。伊藤博が指摘しているように、彼ら調査官は「実務裁判官として10年ないし20年の経験と専門知識を備えた最も有能な裁判官に属し」、一方で最高裁裁判官自身は「かなり高齢であり」、「過剰な仕事量」にさらされ、多くの場合「それ以前に裁判官としての経験に乏しい」⁽²¹⁰⁾。加えて、調査官はたいいてい少なくとも3年間は勤務する⁽²¹¹⁾。このことは現実には、調査官は最高裁裁判官の多くより最高裁で豊富な経験をもつことになる。要するに、調査官は彼らが名目上仕える最高裁裁判官にとりわけ物怖じあるいは恩義を感じることは、まずないのである。

調査官制度は多くの点で、最高裁が直面する訴訟負担の重圧に対する合理的対応である。現在、最高裁には37人の調査官がいる⁽²¹²⁾。彼らは実質的な専門知識に従って、いくつかのグループに分けられる。17人は民法を、10

人は刑法を、9人は行政法を専門としている⁽²¹³⁾〔訳者注：合計36人になり、残る一人は首席調査官である〕。民法担当の調査官には、知的財産問題を扱った経験がある者が何人かは入るように配慮されている⁽²¹⁴⁾。最高裁裁判官の中には、調査官とかなり頻繁に意見が一致しないと嘆いたり、彼らとのたび重なるむずかしい関係を口説いたりする者もいる。そんな最高裁裁判官たちでさえ、調査官には「エリート裁判官」として渋々一目置いている。彼らは「まちがいなく自信に満ちあふれて」いて⁽²¹⁵⁾、それは全くの「能力」などの点で「えり抜きの裁判官」⁽²¹⁶⁾であるためなのである。

調査官は、階層制をとるはっきりした上命下服の構造に組み込まれ、それ独自の決定作成手続きに従っている。ある訴訟が最高裁に届くと、それは該当する調査官グループ——民事、刑事、あるいは行政——に送られ、その後グループの中で担当する調査官に割り当てられる⁽²¹⁷⁾。同時に、上告事件はまた三つの小法廷のいずれかに配点され、小法廷で主任裁判官が決められる⁽²¹⁸⁾。従って、主任裁判官である裁判長裁判官が、担当する調査官にだれになるかを決めるのでない。他国のロー・クラークならばおなじみの法廷メモに類する、訴訟についての「事件メモ」を準備するのが調査官の責任となる。すなわち、そのメモには原告被告双方の主張の要約、事実関係（刑事事件では膨大な分量になることもある）の要約、関連法規の解説、さらに判決原案が含まれている⁽²¹⁹⁾。

当該の訴訟あるいは下級審の判決に重要な争点——たとえば、最高裁判例との不一致の可能性あるいは憲法問題——があるとの結論に調査官が達すれば、その調査官は当該訴訟をめぐるグループ討議を求めることになる⁽²²⁰⁾。これらグループ内での会合は少なくとも月に一度は開かれるが、開催頻度は必要に応じて変わる⁽²²¹⁾。調査官報告書はグループ討議の結果を反映している⁽²²²⁾。調査官は首席調査官と上席調査官によって統括される。首席調査官が全調査官の長であり、上席調査官は各グループの長である⁽²²³⁾。首席調査

官は往々にして、30年から35年の勤務経験を積んだ裁判官である⁽²²⁴⁾。首席調査官には、たいていすでに地裁所長としての、さらには高裁判事としての勤務経験がある⁽²²⁵⁾。首席調査官を務めることは、高裁長官へ至る、一番最後のステップではないにせよ、最後のステップの一つである⁽²²⁶⁾。上席調査官はたいていおよそ20年の勤務経験をもつ、前途洋々たる裁判官である⁽²²⁷⁾。地裁所長になる直前に上席調査官に命じられることがよくある⁽²²⁸⁾。たいていの場合、首席調査官および上席調査官は、他の調査官の実質的な仕事内容に立ち入ることはない⁽²²⁹⁾。しかし、彼らはグループ討議をまさに主導し、その場合には、調査官が書く報告書を最高裁裁判官に回覧する前に査読もする⁽²³⁰⁾。首席調査官にはその配下の調査官の仕事ぶりを評価する責任もある⁽²³¹⁾。

結局のところ、調査官はアメリカやカナダのロー・クラークより影響力があり、自信に満ちており、独立的である。彼らの自信と影響力の大部分は、彼らの経験、能力、さらには裁判官として栄達を遂げてきたことに由来する。一方で、彼らが最高裁裁判官から独立しているのは、次の理由による。すなわち、彼らは自分自身でリーダーシップを発揮できるのであり、また彼らが栄達を続け出世を見通すにあたって留意すべきは事務総局であって、彼らがたまたま仕事をともにする最高裁裁判官ではない、ということだ。これは次の事実によっても支持される。つまり、ある最高裁裁判官が重要な訴訟で調査官と意見が合わない場合、その裁判官は単に1人の調査官だけではなく、調査官グループ全体と意見が合わないのである。しかも、彼らはその道の専門家であって、グループ全体としても個人的にも、その最高裁裁判官より実務経験を積んでいたりするのだ。

この仕組みは、意図されたものかどうかはともかく、最高裁の裁判と判例を間接的にコントロールする手段を事務総局に与えてきた。加えて、最高裁裁判官が司法部で主流となっている考え方から逸脱しようとするのを押しと

どめる効果もある。票決になると保守的な意見に与することが多い、ないしは自分自身が調査官であった最高裁判事たちでさえ、こう認めている。調査官はその役割を会得していくにつれて、保守的にさせられる、と⁽²³²⁾。調査官に同情的な評者によれば、調査官がその責任と考えているのは、最高裁の判決などを最高裁の従来判例と必ず一致させることである。調査官は判例からはずれる起案を遠慮なくできるとは思っていないし、実際にそうした逸脱を思いとどまるのだ⁽²³³⁾。調査官のこの考え方が悪いとはだれも感じていない。そしてあらゆる兆候からみて、考え方こそ事務総局が調査官を選ずる際に積極的に評価するものである⁽²³⁴⁾。

より一般的に言えば、司法部の正統的見解の守護者である事務総局が、調査官に引き上げようとする裁判官の見解に、直接的にせよ間接的にせよ注意を払わないはずはなかろう。私がインタビューした裁判官はみな、事務総局は最高裁のイデオロギー的傾向を守るために、保守的な調査官を慎重に選んでいるのではないかと考えていた。とはいえ、より実際に近いと思われるのは、事務総局のイデオロギー的規範がより間接的かつ暗示的な形で調査官の選抜に影響を及ぼしているということである。その結果として、調査官の見解は事務総局のそれを反映しがちになる⁽²³⁵⁾。調査官はエリートコースに乗っている裁判官であるから、当然彼らは事務総局の満足のいくように行動してきた。すなわち、彼らは事務総局から信用されるために、安心して任せられるとみられることを常に考え、イデオロギー的規範から逸脱する行為にはいささかもかわらずに仕事に励んできたわけである⁽²³⁶⁾。人選に直接携ったことのある人々が、調査官はどのように選ばれるのかをいわず論じているのをみる限りでは、唯一の基準は事務処理能力であり、それは最高裁の過剰な仕事量が必然的に求めるものだと言及する。しかしながら、裁判官の事務処理能力の評価は、評価対象の裁判官が評価する側自身のイデオロギー的見解とどの程度一致しているか次第であるとも考えられる。実際のところ、

どのような考え方をとるかが、有能さの中身を定義づけるのかもしれない。物の見方が似通っているベテラン裁判官たちともなれば、自分たちが共有するイデオロギー的傾向を当然のものとみなしていよう。それは、彼らの抱く主観的見解が裁判官の客観的能力を評価する際の基準になってしまうほどである。事務処理能力の概念はどうにでもとらえることができるので、裁判官はある特定の考え方をすべきだとする見解さえ包摂するほどである。

さてそこで、悩ましい憲法訴訟を「サヨク」判事が裁くことになった場合、いかなる事態が起こりそうかを想像してみよう。たとえば、アフガニスタンでのアメリカの軍事活動を支援する、日本による海上での補給活動の合憲性が争われる訴訟ではどうだろうか⁽²³⁷⁾。「サヨク」判事はこの訴訟が司法判断に適合するとする——それは、憲法9条解釈をめぐる問題は一見明白に違憲でない限り、司法判断になじまない政治的問題であるという趣旨の先例から逸脱する⁽²³⁸⁾——ばかりか、これらの海上活動は違憲であるとする心証を抱くと仮定しよう。これにより彼は自民党と真正面から衝突することになる。彼がそのようなリベラルな立場をとるからには、職業裁判官枠とは別の経路で彼は最高裁に到達したはずである。最高裁裁判官のポスト数から考えて、おそらく彼は弁護士枠で任命されたのだろう。もしそうであれば、彼は定年年齢近くで任命されたはずである。それゆえ、彼には裁判官としての経験がきわめて乏しく、おそらくせいぜい1~2年の任官経験しかもたない。だが、最高裁の判例に何らかの影響を及ぼそうと望むなら、彼は急がなければならない。

最高裁がこのように設計され作り上げられているので、「サヨク」判事は様々な点で困難な闘いに直面することだろう。第一に、彼は弁護士出身の最高裁判事ゆえに、ほとんどあるいは全く裁判官としての経験をもたない。従って、彼は山積する訴訟件数を目の当たりにして、猫の手も借りたいぐらいに能力的にすぐれた手助けを必要とするだろう。そうした手助けがあってはじ

めて、彼の意中にある十分に説得力をもつ意見を仕上げることができる。さらには、他の訴訟をさばいて、担当するもっと重要な仕事に没頭できるようになるのだ。

第二に、「サヨク」判事の訴訟を配点された調査官は、その訴訟について「サヨク」判事と異なる心証を抱くと考えてまちがいない。私がインタビューした司法関係者たちは、最高裁裁判官と調査官の心証が食い違う頻度について、さらにはそのような食い違いがどれほど深刻なものであるかについて、その評価は様々であった。ある調査官は、重大な憲法問題に直面して、最高裁裁判官は「たいてい」調査官報告書の少なくともある観点で同意しないものだとは指摘した。しかし、加えて彼の見積もりによれば、そのような意見の相違が生じるのは100件に1件にすぎないという⁽²³⁹⁾。対照的に、リベラルとみなされた最高裁判事は、彼が調査官と意見が一致しなかったのは、在職中で10回から20回あり、憲法がらみの訴訟が他の訴訟よりそうなることが多いわけではなかったと指摘した⁽²⁴⁰⁾。予想どおり、リベラルであると評判の最高裁判事は、もっと正統的な同僚裁判官あるいは調査官自身よりも、調査官とのより頻繁でより深刻な対立を訴えがちであった。調査官はよりリベラルな影響を最高裁裁判官に与えることがときによってはできるにもかかわらず⁽²⁴¹⁾、そのような影響を与える場合は通例ではなく例外であるように思われる。概して、典型的な調査官が困って悲鳴を上げそうな法的立場を思い浮かべれば、それは「サヨク」判事が取ろうとする法的立場をおいてほかにはなからう。

第三に、海外での自衛隊による補給活動が憲法違反であるとする立場を取ることで、「サヨク」判事はこの訴訟を担当する調査官と対立するばかりではない。その上彼は、経験豊富なエリート裁判官である調査官全体を敵に回すことになる。彼らはほとんどきまって統一戦線をはるだろう。当該訴訟を割り振られた調査官が「サヨク」判事の立場に共感を示すという場合も、まっ

たくないとは言い切れない。ただその場合でも、その調査官は報告書を準備する段になれば、そのような重要な訴訟をグループ討議にかけて、自分自身の見解を同僚の調査官の見解に合わせるのではなからうか。上席調査官と首席調査官がその調査官の仕事ぶりを評価し、作成された報告書を査読するので、その調査官はますます自分の意見を抑えるだろう。逸話的な証拠も常識的判断も、次のことを示唆している。すなわち、ある最高裁裁判官の法的立場が、当該問題について専門知識のある自信に満ちあふれた調査官たち全員によって拒否されることが見込まれるとしよう。すると、すでにそのこと自体で、左がかった、過労の、おそらく経験不足でもある最高裁裁判官は、調査官の前に屈服せざるを得ないということである⁽²⁴²⁾。

実際には、「サヨク」判事の同僚裁判官ですら、異議を唱えようとする彼らの意思を抑えつけるように振る舞うかもしれない。とりわけ、裁判官出身の最高裁裁判官の中には、過度に異議を唱える傾向に眉をひそめる者もいよう。それは、司法部の規範に反している、あるいは、最高裁がいかなる判断を示すとみられているかについての彼らの理解に反しているのだ⁽²⁴³⁾。ある最高裁判事は、職業裁判官出身のある裁判官と別の出身枠で着任したもう一人の裁判官の間で生じた出来事を教えてくれた⁽²⁴⁴⁾。司法部の外から任命されたその裁判官は、ある訴訟をめぐる最高裁での評議の間、一言も発言せず、評議の終わり頃になって、自分は反対意見に回るつもりだと述べた。職業裁判官出身の裁判官は、この者が反対意見を最後に表明する前に、評議で自分の立場を主張しなかったことに明らかに不満であった。そこで、反対意見を表明した裁判官より自分が年長である事実を、その場に適した社会規範によく照らしてまず考えてから、彼はその同僚に「四の五の言わずに君の仕事をしたまえ」と告げたのである⁽²⁴⁵⁾。

第四に、調査官の束になっての助言と保守派の優位な法廷に直面して、「サヨク」判事はほとんど疑いなく自分が少数派であることに気づく。調査

官たちはおそらく、強力な統一戦線を組んで自分たちの見解を守るだろう。そこで、経験不足の「サヨク」判事がなんらの手助けなしに、調査官の見解に的確に反論するのはなかなか困難かもしれない。職業裁判官出身の最高裁裁判官であれば、調査官の見解を受け入れるだろう。というのも、彼らは調査官と同じ裁判官としての訓練を受け、また同じ視野や職業上の経験を共有しているからだ。検察官出身の最高裁裁判官はむしろはるかに保守的だろう。あわせて、これら二つのグループですでに、その他の裁判官がどのようにあがいても、最高裁裁判官の過半数を占めることになる。

第五に、「サヨク」判事は、反対意見を起案するにあたって調査官から——あるいは、実際にいかなる他のスタッフからも——十分な手助けを当てにすることはできない。ある訴訟を割り振られた調査官に期待されているのは、妥当な範囲の見解を先取りしそれを反映する報告書を用意すること、および最高裁の判決原案の起草に資することである。そして判決原案はいずれにせよ、調査官報告書に基づいて書かれるようだ⁽²⁴⁶⁾。しかし、調査官は、補足意見であれ反対意見であれ、個々の裁判官が個別意見を起案するのを助ける強い義務の下に置かれているわけではない。自分自身も調査官であったある裁判官によれば、最善のシナリオでも、調査官はせいぜい予想される個別意見の「アウトライン」や「基本的考え」をチェックするにすぎないのだという⁽²⁴⁷⁾。さらに「サヨク」判事は、他国の少数派裁判官なら当然のこととみなされる、他の基本的補助手段に頼ることもできない。日本の最高裁が法廷助言者による意見書を認めたり、受け取ったりするのはまれである。最高裁がそうした唯一のものは、1987年のいわゆる森林法共有林分割規定違憲判決の際の例であり、そのとき最高裁は法務省から意見書を受け取っている⁽²⁴⁸⁾。もし、「サヨク」判事が山積する仕事量から考えて、1か月かそれ未満という確保しうる時間内で本気で個別意見を起案しようとするなら、彼は訴訟当事者による準備書面、彼自身の懸命な執務、さらにある寛大な調査官

からのおそらく一般的な情報の提供から、できるかぎりのものを作り出そうとしなければならない。

しかし、最悪のシナリオは、いうまでもなく、はるかにもっと悪いものである。調査官が最高裁裁判官と意見が食い違うとなにが起こるかと尋ねられたとき、私がインタビューした調査官は、自分たちは裁判官の主張に忠実に従うし、さもなければものごとのつじつまがあわなくなると言い張った。しかしながら、最高裁裁判官はもっと複雑に考えている。最高裁判事たちの中には、自分たちに同意しない調査官に手を焼いたと述べる者もいれば、その関係をおおむね協調的だったと特徴づける者もいた。ある穏健リベラル派の裁判官は、確かに調査官の中には「非協力的」な者もいたが、自分自身の調査官との関係は「きわめて良好」だったと述べた。そして、裁判官が調査官とうまくやっていけるかどうかは、実質的な見解の一致よりパーソナリティ次第だと指摘したのである。彼の指摘によれば、もっぱらリベラルな見解を抱く裁判官と比べて「権威主義的パーソナリティ」の裁判官の方が、意見が食い違った場合、調査官と協力するのはよりむずかしいだろう⁽²⁴⁹⁾。いくつかの訴訟でリベラル派だと評判のついたもう1人の裁判官は、「例外的な訴訟」では調査官は「きわめて敵対的」であり、ずるずる引き延ばしをはかるかもしれないと述べた⁽²⁵⁰⁾。この裁判官はその例として、注目を集めた1票の格差訴訟における「忌まわしい経験」をほのめかしたが、詳述は避けた⁽²⁵¹⁾。

第六に、「サヨク」判事のようにはっきり左寄りと目される最高裁裁判官は、調査官の手助けを最も必要とするのかもしれない。職業裁判官のキャリアをもつ最高裁裁判官は起案するのになれている。彼らのうちの1人が指摘するように、彼らにとって自分で起案することが面目を保つことであり「ほとんど伝統」なのだ⁽²⁵²⁾。対照的に、最も手助けを必要とする裁判官は、裁判官としての経験のない最高裁裁判官である。――すなわち、弁護士、行政官、そして学者から最高裁裁判官になった人々である。しかし、彼らは裁判

官のキャリアをもっていないまさにそれゆえに、調査官の助力を大いに求めながら、同じ彼らが最高裁のリベラル派を確かに構成することになるのだ。だが、彼らがリベラルであるまさにそれゆえに、彼らは最も必要とする助力を調査官に頼ることはできない⁽²⁵³⁾。

要約すると、最高裁がその組織構造および組織構成に従って制度的資源を配分することで、「サヨク」判事のようなリベラル志向の裁判官は服従と降伏を強いられるということである。最高裁のイデオロギー的傾向と闘うことを念願する裁判官には、そうするための備えがほとんど与えられない。当初から、彼らは準備不足で、圧倒され、多くの点で時間が足りないようにみえる。彼らは調査官から最大の手助けを必要とするが、それを受けられることはほとんどない。彼らは調査官を直接の部下とはしていないので、彼らが必要とする手助けを確保できるかどうかは、彼らの調査官との関係次第となる。どの程度その関係が協調的であるかは、少なくとも一部にはどの程度調査官がその裁判官の考え方を共有しているかにかかっていると考えてさしつかえない。しかしながら、職業裁判官が保守的であるのと同じ理由から、たいていの調査官とリベラル派裁判官は、意見が一致しないだろう。加えて、たとえば裁判官が調査官の積極的な手助けを運良く確保できたとしても、裁判官が実際に得られる手助けのレベルは、他国の裁判官が上訴裁判所のロー・クラークにふつうに要求し得られるものと比べて最低限のものにとどまる。

第四章 結論：司法政治の特質と制度設計の影響

日本の最高裁の保守主義は、司法政治についての繰り返しみられる二つの特徴を示している。第一の特徴は、司法政治と選挙政治が不可分であることだ⁽²⁵⁴⁾。いくつかの点で、日本の司法部は独立したものとして特徴づけることができる。しかし、司法の独立がなにを意味しよう、それは優勢な

政治勢力からの長期にわたる独立を意味しえない。日本の文脈の中では、司法の独立は次のことを意味してきた。すなわち、裁判所はまず裁判所自体の人事を運営する権限を保持し、その一方で、個々の訴訟がいかに裁かれるかをめぐる、他の政治的アクターによるあからさまなかたちでのコントロールを避けてきた。しかしながら裁判所は、数十年にわたって政権の座にある与党が支持する政策と一致しない政策を追求することはできない。日本の裁判所の保守主義は、保守主義的な政治環境にそれがどっぷり漬かってきたことの必然的結果である。裁判所を政治からきっぱり独立させる制度的な構造ないし仕組みはない。

司法部の行動に対する政治的コントロールは、公然たるものである必要はない。政治的アクターは裁判所の行動に、直接的ないし間接的に影響を及ぼすことができる。そのやり方としては、裁判所の人的構成、裁判官が利用できる資源、および、裁判所が制度として利用できる戦略的選択肢の幅を巧みに操ることが挙げられよう。最高裁の場合、これらの影響力のすべてが行行使されている。選別の仕組みはがっちり組み上がっていて、自民党が支持する政策を打倒する気の左がかった裁判官が最高裁入りすることはまずない⁽²⁵⁵⁾。その一方で、ごくまれに最高裁入りできたとしても、その裁判官は法を新たな方向で解釈したくても、それを困難にするひどい資源的制約に妨害されてしまう⁽²⁵⁶⁾。日本を制度的観点からみた場合におそらく最も興味深いのは、自民党が政治的コントロールの任務の多くを、イデオロギー的に信頼できる司法部内の代理人に実際には委ねてきたことだ。この司法部内の代理人とは、最高裁長官と彼を補佐する事務総局の司法官僚を中心としたベテランの幹部裁判官たちである。こうした巧みな策略の帰結が、司法の独立の公式基準は十分満ちたが、政府の要望にきちんと合わせ続ける司法部ということになる。

最高裁をいっそう制約するのは、時の政権をやりこめることが実際にはむしろかしいという事情である。司法部が政府の政策にたてつこうとしても、そ

れは失敗に終わるか、裏目に出ることさえある。すなわち、過去の経験が示すところによれば、自民党は裁判所が行った耳の痛い憲法判断に対して、それを無視する⁽²⁵⁷⁾か、憲法改正を求めるかであった⁽²⁵⁸⁾。戦略的見地からみて、裁判所は政権党によって全く斟酌されない憲法判断を行うより、なんら判断を示さないほうがおそらく賢明だろう。政治の側の不作為は裁判所の存在を希薄なものにみせ、さらにそれがいっそうの不作為をもたらすことになる。裁判所には力がないという認識が、最終的にその通りになってしまいかねない⁽²⁵⁹⁾。この事実、裁判官たちに理解されないわけではないようだ。その1人は最高裁の力を[・]伝[・]家[・]の[・]宝[・]刀[・]の[・]力[・]にたとえた。この伝説の力は「世代から世代に受け継がれる」⁽²⁶⁰⁾。その刀に伝説の力があるのは、それがマントルピースの上で使われずにある限りである。しかし、その刀を実際に抜くことはきわめて危険を伴う。「もしそれがよく切れないことがわかれば……その価値は無に帰する」⁽²⁶¹⁾。最高裁には同様の逆説的性格がある。すなわち、最高裁にどの程度力があるかは、それにどの程度力があるとみられているかにかかっている。政府とのおそらく負け戦を避けることで、最高裁は弱さを露呈されずにすみ、最高裁がもっているなにがしかの力を守ることになる。

最高裁の制度的特徴はまた、その行動を形成するのに重要な役割をはたしている。司法部の行動に対する政治の影響は避けられないが、その及ぼすタイミングと程度はおおいに変わりうる。綱でつながれた犬さえ少しぐらい行動の自由がある。すなわち、犬はあるじに忠実についていくかもしれないが、わざとのろのろするかもしれない。同じように、政治的環境は裁判所が達成したいと望みうるものの外枠を規定する。しかしその枠の中では、裁判所は政府の政策形成の努力を促進することもできるし、妨害することもできる。裁判所の内部組織、ルール、および実践は、裁判所がどちらに進むかを決めるにあたって重要な役割を果たしている。最高裁は明らかに自民党を妨害する障害というよりそれに協力するものだ。というのも、最高裁の制度設計の

あり方をみれば、それが政治的アクターに最高裁の行動を急速かつ劇的に作り変える手段を提供していることがわかるからである。政治介入に対する最高裁のこうした構造的応答性は、司法政治に繰り返される二つ目の特徴を示している。すなわち、裁判所の制度的特徴は政治的環境に対する裁判所の応答性を左右するのである。

とりわけ二つの組織的特徴が、ある国の裁判所がいかに応答的かを規定するにあたって、特に重要な役割を果たすと思われる。第一の特徴は、政治的アクター——たとえば彼らが政治家だろうと、有権者だろうと、あるいはこの二つの混合物だろうと——が裁判所の人的構成を入れ替える機会を持つ頻度である。日本では、最高裁の裁判官の数が比較的多く、また定年年齢に近い者を最高裁裁判官に任命する慎重な戦略が取られている。従って、政府はその空きを定期的に埋めることで最高裁のイデオロギー的傾向を比較的コンスタントに調整し修正することができる⁽²⁶²⁾。最高裁裁判官が国民審査に付されることも最高裁の応答性を高めるはずである⁽²⁶³⁾。しかし、彼らは定年に近い年齢で任命されるので、国民審査にはたいてい実際上の意味はない⁽²⁶⁴⁾。これに比べて、アメリカの場合、政権与党が連邦最高裁裁判官を任命する機会はかなり不定期である。長く欠員が出ないこともあり、最高裁のイデオロギー的バランスに実質的に影響を与える、最高裁裁判官の任命を行う機会は、10年以上ずっとめぐってこないかもしれない⁽²⁶⁵⁾。その結果、連邦最高裁が選挙政治の結果をなかなか反映させられない存在となり、現在の政権に過去の政権の見解を押しつけようとするリスクが高まることになる⁽²⁶⁶⁾。

第二の特徴は、それが第一の特徴と関連するゆえに重要である。すなわちそれは、どの程度裁判所の権限が集権化されているか、あるいは分散しているかである。次のような場合であれば、政治的アクターは裁判所の方向性に影響力を及ぼす努力を常に繰り返して行う必要はない。すなわち、その裁判所自体の権限を1人が集中的に握っており、しかもその者が比較的しばしば

交代する場合である。この場合、最高裁長官と事務総局の手中に権限を集中させることで、日本の最高裁は時の政権の要望に機敏に応じることができるばかりか、日本の司法部全体を最高裁に従わせることができる。

司法行政が司法部によって純粹培養されたエリート裁判官の手に握られている——過去の大部分においてそうであったように——とすれば、司法部は公的に独立していると同時にきわめて惰性的であるということになろう。しかし、この方向を変えるやり方は単純である。必要とされるのはそのトップである最高裁長官を交代させることだけだ。司法部の強い官僚的性格にもかかわらず、日本のリベラル派の首相が最高裁を変えることは、アメリカのリベラル派の大統領が連邦最高裁を変えることより、迅速かつ容易にできる。首相が行う必要のある最も重要なこと——そしておそらく唯一のこと——は、それまでのやり方を無視して、異例なほど若く、エネルギーに満ちあふれ、きわめてリベラルで、さらにこれがおそらく最も重要なことだが、既存の司法部の指導層から推薦されなかった人物を最高裁長官に指名することである。

最高裁長官の権限は絶大であり、すぐに効果を及ぼすことができる。当を得た人の手に落ちれば——たとえば、「サヨク」長官が牛耳るところになれば——その権限を用いて何でも変えることができるだろう。その絶大な影響力を評価するために、「サヨク」最高裁長官の権限をジョン・ロバーツ連邦最高裁長官（訳者注：2005年9月29日就任の第17代長官）のそれと比較してみよう。ロバーツ長官は単に同輩中の首席にすぎないといわれる⁽²⁶⁷⁾。ロバーツは9票のうちの同じ重みを持つ1票をもち、評議で最初に発言し投票し、もし彼が多数派に与していたならばそのときに、起案を割り当てる権利をもつ⁽²⁶⁸⁾。彼は大統領弾劾裁判を主宰する権限をもち⁽²⁶⁹⁾、大統領就任宣誓で語順を間違えてもよい特権をもつ⁽²⁷⁰⁾。彼はまた、予想されるように、もっと予算をよこせと連邦議会にロビーイングすることや⁽²⁷¹⁾、あまり知られていないが、いくつかの美術館を管理することを含む、様々な行政的な仕事もこ

なす⁽²⁷²⁾。これらは悪くはないが、ジョン・ポール・スティーブンス連邦最高裁判事〔訳者注：1975年12月19日に就任したりベラル派の長老的存在。ロバーツはスティーブンスの前で長官就任の宣誓を行った。2010年6月29日に90歳で引退し、後任として50歳で同じリベラル派のエレーナ・ケーガンが8月7日に就任した〕をねたみでむかむかさせるほどでもない。

さて、「サヨク」長官の場合はどうか。ロバーツ長官と同様、彼はたとえば空港での天皇の出迎えなど、多方面にわたる責任を負わされる⁽²⁷³⁾。しかし、ロバーツとは異なり、彼が判決に携わるのは、最高裁判事より少ない。彼は小法廷の審理には加わらず、大法廷が開廷される場合のみ票決に加わる⁽²⁷⁴⁾。そのときでさえ、彼の1票はロバーツの1票ほどの価値はない。最高裁長官の1票は15票のうちの1票にすぎないのだ。しかし、訴訟を裁く際の彼の役割に注目しては、もっと重要なことを見失うことになる。すなわち、彼の司法行政上の権限は、まさにとてつもないものである。彼は信頼のおける部下を選んで事務総局とその人事局を率いさせる⁽²⁷⁵⁾。いっしょになって、彼らは彼らが望む回数と長さで、職業裁判官ならだれであれ日本国中のいかなる任地にも飛ばすことができる⁽²⁷⁶⁾。あるいは実際に裁判官を海外に送り出すことすらある（類推のために、ロバーツ長官が連邦地域裁判事あるいは巡回判事を、指示によってアラスカあるいは国際通商裁判所に、ロバーツが適当とみなす回数および長さだけ飛ばせる事態を考えてみよ）。さらにそれでも不十分であれば、最高裁長官と彼のえり抜きの腹心はある裁判官を昇給させるかどうか、させるとすればいつかを決定さえするのだ⁽²⁷⁷⁾。

若いゆえに十分な時間を与えられた新最高裁長官はまた——そして、最高裁判事の平均在職期間を考えれば、彼は長く待たされることはない——、政治的風向きが劇的に変わって彼の人選に異を唱える政権ができない限り、最高裁裁判官の15ポストのうち七つも自分の裁量で決めることができるだろう。彼が人選できるポストには職業裁判官が就く6ポストと、おそらく法律

学の教授に割り当てられる1ポストが含まれよう。一方、弁護士枠の4人の判事は「サヨク」長官の裁判所に対するクーデターに抵抗するようには思われない。むしろ弁護士たちは、相当に左翼かぶれの候補者を将来推薦できる好機としてこれを捉えようとするだろう。「サヨク」長官なら、これらの候補者を拒否せずに受け入れてくれるだろうと、彼らは十分に踏んでいるのだ。従って、比較的わずかな時間と努力で、彼は最高裁の判例を変更し、裁判官会議を牛耳るのに必要とする票数を確保することになる。裁判官会議は司法部にかかわるほとんどの決定を下す公式の権限をもっている。——なるほど実際には、裁判官会議はいずれにせよ傾向として、最高裁長官と事務総局の決定を承認する以上のことをしてきたわけではないが⁽²⁷⁸⁾。

もちろん、最高裁長官が人選できるポストには、長官自身も含まれる。まさに皇位継承のように、彼は後継者を聖別できる。最高裁長官を指名するのは内閣の権限であるにもかかわらず⁽²⁷⁹⁾、伝えられるところによると、最高裁長官は自分の後継者にだれを推薦するかを、他の最高裁判事や彼の腹心である事務総長に照会することなく決めるのである⁽²⁸⁰⁾。この最後の権限が賢く用いられるならば、「サヨク」コートは永続的な存在になるだろう。それは「サヨク」氏自身がジョン・マーシャル〔訳者注：第4代米連邦最高裁長官（在任1801-35）〕とサージェント・マーシャル〔訳者注：初のアフリカ系アメリカ人の米連邦最高裁判事（在任1967-91）〕を合わせたものに相当する日本の裁判官として、歴史的的存在になったあとも長く続くほどである。

政府は最高裁の、実際には司法部全体の方向を、最高裁長官の人選を注意深く行うことだけで徹底的に変えることができる。こうした主張は、うまくできすぎた話のように聞こえるかもしれない。しかし、現に試みられてきたのはこの主張なのである。自民政権は1960年代末にまさにこの戦術を採用し、それが非常に功を奏した。当時、最高裁は議論的となった二つの労働事件に判決を下し、保守層の怒りを買っていた。共産党の支持基盤である

公務員組合を解体しようという自民党の策動に対して、最高裁は1966年の全通中郵事件判決で⁽²⁸¹⁾、「労働者の団結権、団体交渉権、および団体行動権」を憲法が明確に保障している観点から⁽²⁸²⁾、ストライキに通常伴う行動の範囲内にとどまる限り、公務員は刑事訴追されえないと判示した⁽²⁸³⁾。3年後、最高裁は都教組事件判決⁽²⁸⁴⁾で再び保守層を怒らせた。この判決で、不法なストライキのあおり行為を訴追できる政府の権限は制限された⁽²⁸⁵⁾。

これらの判決は田中二郎判事の影響のためとする向きもあった。田中二郎は東大の法律学の元教授で、次期最高裁長官との呼び声も高かった⁽²⁸⁶⁾。しかし、多くの人々を驚かせたのだが、佐藤首相は田中二郎ではなく、石田和外を長官に昇格させた。石田和外は自民党と個人的なつながりを持ち、すでに最高裁の保守派としてならしていた⁽²⁸⁷⁾。1973年までに、最高裁はそれ以前の労働側寄りの判決を次々に覆していった。そして、司法部は青法協に対する内部統制に乗り出すのである⁽²⁸⁸⁾。最高裁の都教組事件判決とその後の路線変更の間に、7人の新人判事が最高裁に加わり、そのうち5人は以前の判決を覆すにあたって石田に与した⁽²⁸⁹⁾。その後まもなく——そして定年を待たずに——田中判事は依願退官した。伝えられるところでは、最高裁の急激な右旋回を阻止できないことで意気阻喪したという⁽²⁹⁰⁾。

日本の司法部は官僚制的組織だろう。しかし、それはまた、権力がある1人の手に異常なまでに集中されている、高度に秩序づけられた官僚制でもある。その結果、日本の司法部は政治的影響に抵抗することなく、応答的である。石田和外がわずか4年の長官在職の後に退官するまでに、日本の最高裁は大きく変わった。歴史が繰り返さないとは考えられない。司法部は政治的影響に対して、制度的に応答的であるまさにその理由で、政府が変わらない限り司法部もその路線を変えないだろう。選挙政治と司法政治の結びつきを切断できないまでに、制度は精巧に組み上がっている。それゆえ、最高裁の行動あるいは方向性を持続的に変化させるには、選挙での有権者の審判に頼

るほかない。最高裁が保守的であるのは、究極的には政府が保守的であるためであり、同時に日本の有権者の多数もまたそうであるためである。いかなる司法部であれイデオロギー的に一致する政府と有権者を、それ相応の期間にわたって無視することはできないだろう。日本の司法部の制度的構造が保障しているものは、その構造が政府や世論の風向きにすぐになびくということである。

《注》

- * 筆者はワシントン大学 (Washington University in St. Louis) 法学・政治学教授。この論文は「われわれが憲法設計について何か知っているとして、それはせいぜいどれほどのものか」と題された『テキサス・ロー・レビュー』誌のシンポジウム、およびジョージ・ワシントン大学ロースクールで開催された 2009 年度比較憲法学会のラウンドテーブルに提出されたペーパーを大幅に圧縮したものである。本稿はデンバーで開催された法と社会学会の 2009 年度年次大会に提出された。その基礎をなす調査とインタビューは、日立-CFR フェローシッププログラムから多大な財政支援を受け、慶應義塾大学法学部の客員准教授として、3 か月滞日した際に行われた。本稿とそれが依拠する研究は、日本の数え切れない人々、とりわけ私のインタビューに応じてくれた人々の並外れた寛大さと援助がなければ、不可能だったであろう。彼らの多くは匿名を条件とした取材であったため、その氏名を明かすことはできない。氏名を明かすことができる人々は、元裁判官の安倍晴彦および宮本康昭、さらに次の研究者たちである。ダニエル・フット、ステファン・ギヴンス、長谷部恭男、伊藤博、コリン・ジョーンズ、紙谷雅子、松井茂記、宮澤節生、西川伸一、大出良知、大沢秀介、ラリー・レベタ、棚瀬孝雄、戸松秀典、およびマット・ウィルソン。カール・グリーンと田村次朗は慶應義塾大学での私の着任に骨を折ってくれ、ジェリー・マカリンはそこでの研究生生活が実り多きものになるよう援助を惜しまなかった。松井茂記、宮澤節生、および 2 名の匿名の元裁判官が調整してくれたおかげで、有益なインタビューを実施することができた。白井紀充と関根みず奈は、研究助手および通訳としてばかりでなく、日本社会へのガイド役としておおいに骨を折ってくれた。竹村恭輔は、日本語文献調査、翻訳、およびデータ収集で多大な援助をしてくれた。ダフネ・バラクーエレッツ、エリック・フェルドマン、トム・ギンスブルグ、ジョン・ヘイリー、リサ・ヒルビंक、ダン・フー、紙谷雅子、ロン・クロトジンスキー、サンディ・レヴィンソン、クラーク・ロンバルディ、H・W・ベリー、および 2

名の匿名の地裁裁判官は本稿の草稿段階で有益なコメントを寄せてくれた。最後になったが、サンディ・レヴィンソンには『テキサス・ロー・レビュー』誌のシンポジウムに参加させていただいたことに、さらに同誌の編集部にはその根気強い努力に謝意を表したい。

- (1) See, e.g., DAVID M. BEATTY, CONSTITUTIONAL LAW IN THEORY AND PRACTICE 121 (1995) (「比較憲法学者の間では、日本の違憲立法審査は世界で最も保守的であり慎重であるとみなされている」)。
- (2) See, e.g., RONALD J. KROTOSZYNSKI, JR., THE FIRST AMENDMENT IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVE: A COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE FREEDOM OF SPEECH 144, 143-45 (2006) (最高裁が法律に違憲判決を下そうとしないのは、「その固有の制度的役割についての最高裁の見解」のためであり、また「立法部の意思に対して司法部の意思を差し挟むことをよしとしない」ためでもある); John O. Haley, *The Japanese Judiciary: Maintaining Integrity, Autonomy, and the Public Trust*, in LAW IN JAPAN: A TURNING POINT 99, 99 (Daniel H. Foote ed., 2007); Norihiro Urabe, *Rule of Law and Due Process: A Comparative View of the United States and Japan*, in JAPANESE CONSTITUTIONAL LAW 173, 182 (Percy R. Luney, Jr. & Kazuyuki Takahashi eds., 1993) (日本の最高裁を「司法部の見解からあらゆる重要性をはぎとるために抑えつけられている裁判所」だと非難している)。
- (3) J. MARK RAMSEYER & ERIC B. RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE: THE POLITICAL ECONOMY OF JUDGING IN JAPAN 9-10 (2003) [hereinafter RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE]; J. MARK RAMSEYER & FRANCES MCCALL ROSENBLUTH, JAPAN'S POLITICAL MARKETPLACE 178-79 (rev. ed. 1997). 加藤寛監訳『日本政治の経済学——政権政党の合理的選択——』(弘文堂、1995年) 181-182頁; see also Percy R. Luney, Jr., *The Judiciary: Its Organization and Status in the Parliamentary System*, in JAPANESE CONSTITUTIONAL LAW, *supra* note 2, at 123, 145 (自民党執行部によって任命されてきた最高裁判事は、「自民党の社会的、経済的、文化的、および政治的価値を反映する」傾向にあると主張している)。自民党は過去ほぼ50年にわたって日本を支配してきた。自民党は1993年8月からわずか8か月間政権を失ったが、その後社会党と連立を組むことにより政権に復帰した。この連立はまもなく解消された。GERALD CURTIS, THE LOGIC OF JAPANESE

POLITICS: LEADERS, INSTITUTIONS, AND THE LIMITS OF CHANGE 69, 188-93 (1999); J. Mark Ramseyer & Eric B. Rasmusen, *The Case for Managed Judges: Learning from Japan After the Political Upheaval of 1993*, 154 U. PA. L. REV. 1879, 1892-93 (2006) [hereinafter Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*].

- (4) See Jun-ichi Satoh, *Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight*, 41 LOY. L. A. L. REV. 603, 609 (2008) (日本の最高裁はたった 8 件に対してだけ違憲立法審査権を行使したと指摘している)。
- (5) See *Judgment Days: Germany's Constitutional Court*, ECONOMIST, Mar. 28, 2009, at 59 (1951 年の設置以来、ドイツの連邦憲法裁判所は 611 件の法律を違憲としたと報じている)。
- (6) 相沢対国, 最判刑集 27 巻 265 頁 (最高裁 1973. 4. 4)。
- (7) 株式会社角吉対広島県知事, 最判民集 29 巻 572 頁 (最高裁 1975. 4. 30)。
- (8) 七福産業株式会社対国, 最判民集 56 巻 1439 頁 (最高裁 2002. 9. 11)。
- (9) 平口孝志対平口茂, 最判民集 41 巻 408 頁 (最高裁 1987. 4. 22)。
- (10) 匿名の女性被告人対国, 最判民集 62 巻 1367 頁 (最高裁 2008. 6. 4)。
- (11) 黒川対千葉県選挙管理委員会, 最判民集 30 巻 223 頁 (最高裁 1976. 4. 14); Shigenori Matsui, *The Reapportionment Cases in Japan: Constitutional Law, Politics, and the Japanese Supreme Court*, 33 OSAKA U. L. REV. 17, 30-36, 41-42 (1986)。日本の国会は、衆院議員の定数不均衡を黒川訴訟で主張された限界内にとどめることを繰り返し怠ってきた。最高裁は衆院議員の定数配分は違憲状態であると判決で繰り返し指摘してきたが、是正策を命じることは一度もなかった。See William Somers Bailey, *Reducing Malapportionment in Japan's Electoral Districts: The Supreme Court Must Act*, 6 PAC. RIM L. & POL'Y J. 169, 178-81, 184 (1997) (金尾対広島県選挙管理委員会, 最判民集 39 巻 1100 頁 (最高裁 1985. 7. 17) を含む, 黒川訴訟に続く定数不均衡訴訟についての最高裁判決, および相変わらずの国会の不適切な対応について論じている); Matsui, *supra*, at 40, 34-35 (最高裁による国会の定数不均衡に関する判決に従わずに「国会がずっと無視してきたこと」に対する, 多くの裁判官および識者の「深い挫折感」を指摘している)。
- (12) 憲法 9 条をみよ (「陸海空軍その他戦力はこれを保持しない。」); John O. Haley, *Waging War: Japan's Constitutional Constraints*, CONST. F., 2005 (Issue 2), at 18, 24-27; Richard J. Samuels, *Politics, Security Policy, and Japan's Cabinet Legislation Bureau: Who Elected These Guys, Anyway?* text

accompanying nn. 15-17 (Japan Policy Research Inst., Working Paper No. 99, 2004), *available at* <http://www.jpri.org/publications/workingpapers/wp99.html> (両者とも、憲法9条に絡む事件は司法審査の対象外とする統治行為論を最高裁が適用したと論じている); *see also id.* at text accompanying n.15 (憲法9条ほど「日本国憲法の条文で激しい議論の対象になってきたものではなく」、また「自衛隊の合憲性ほど『政治的』な争点になったものもない」と指摘している)。

- (13) 7人の最高裁判事・元判事に加えて、私はまた2人の最高裁調査官にインタビューを行った(彼らは以下で論じるように、この最高裁調査官着任で出世コースに乗ったとみられる裁判官である。後述の第三章(C)をみよ)。その他、5人の現職裁判官および元裁判官にもインタビューを行い、そこには宮本康昭と安倍晴彦も含まれる。彼らは青法協の会員裁判官であった(青法協については後述する。以下の注79-92とそこに付された説明をみよ)。さらに、検察官1名と前出の注*で氏名を掲げた様々な研究者にも面会した。様々なやむを得ぬ理由から、インタビューを受けた多くの方々は匿名にせざるを得なかった。
- (14) *See* HIROSHI ITOH, THE JAPANESE SUPREME COURT: CONSTITUTIONAL POLICIES 24 (1989) (「最高裁裁判官の指名・任命の過程は……依然として不明瞭である。〔しかし〕首相と現職の最高裁長官を含む一握りの助言者が最終候補者の人選に直接責任を負っているようだ」と述べている; Interview with Justice G, Current or Former Member of the Supreme Court of Japan, in Tokyo, Japan (Date Concealed) (事務総長の意見具申が「ある役割を演じている」と述べている)。
- (15) 憲法6条2項。
- (16) 憲法79条1項。
- (17) *See* Haley, *supra* note 2, at 107; David M. O'Brien & Yasuo Ohkoshi, *Stifling Judicial Independence from Within: The Japanese Judiciary*, in JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE AGE OF DEMOCRACY: CRITICAL PERSPECTIVES FROM AROUND THE WORLD 37, 51 (Peter H. Russell & David M. O'Brien eds., 2001) (両者とも、退官する最高裁長官がその後任を選ぶにあたっての役割に言及している); *see also* Interview with Justice A, Current or Former Member of the Supreme Court of Japan, in Tokyo, Japan (Date Concealed) (最高裁長官は2名ないし3名の候補者名を首相に推薦すると述べている); Interview with Justice B, Current or Former Member of the Supreme Court of Japan, in Tokyo, Japan (Date Concealed) (最高裁長官は1名ないし2名の候補者名を推薦すると述べている);

- Interview with Justice G, *supra* note 14 (最高裁長官は『数名』の候補者名を推薦すると述べている).
- (18) 私がインタビューした裁判官の1人によれば、内閣(首相を意味する)は戦後直後においては、最高裁長官の推薦者を時々拒否した。しかし、そのような拒否はもはや起きていない。Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (19) See Haley, *supra* note 2, at 100 (まさにこの結論に到達している); O'Brien & Okhoshi, *supra* note 17, at 46 (同じ結論である).
- (20) See *infra* subpart II (D).
- (21) Interview with Justice G, *supra* note 14.
- (22) See ITOH, *supra* note 14, at 251-52; Masaki Abe, *The Internal Control of a Bureaucratic Judiciary: The Case of Japan*, 23 INT'L J. SOC. L. 303, 311-12 (1995); Setsuo Miyazawa, *Administrative Control of Japanese Judges*, 25 KOBE U. L. REV. 45, 48 (1991) (これらはみな、事務総局の指導層の構造と組織について論じている); 後述の第二章(B)-(C) (裁判官の教育、採用、昇進および任地に対する事務総局の権限について論じている).
- (23) Interview with Justice G, *supra* note 14.
- (24) See *infra* notes 138-43 and accompanying text.
- (25) See DAVID M. O'BRIEN WITH YASUO OHKOSHI, TO DREAM OF DREAMS: RELIGIOUS FREEDOM AND CONSTITUTIONAL POLITICS IN POSTWAR JAPAN 77 (1996) (1980年代と1990年代の最高裁長官は全員司法部の、とりわけ事務総局の要職を歴任した者であると指摘している); Haley, *supra* note 2, at 107 (日本の最高裁長官のうち4人をのぞく全員は職業裁判官出身であると指摘している); Miyazawa, *supra* note 22, at 47 (5人ないし6人の最高裁裁判官が職業裁判官から任命されることは「確立された慣例」であるとみなしている); Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1884, 1883-84 tbl. 2 (1983年から2005年までに最高裁裁判官に任命された者の前歴を表にまとめて、1973年以来すべての最高裁長官が下級裁判所の裁判官であったと指摘している).
- (26) 法律により、下級裁判所裁判官の定年年齢は65歳であり、最高裁裁判官の定年年齢は70歳と定められている。裁判所法50条。translated in 2 EHS LAW BULL. SER. no. 2010 (2005); see also *infra* subpart III (A) (定年年齢に近い者が最高裁裁判官に意図的に任命されることを論じている).
- (27) See Setsuo Miyazawa, *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, in JAPANESE BUSINESS LAW 39, 46 (Gerald Paul McAlinn ed., 2007) (1990年以前の日本の司法試験の低合格率を論じている).

- (28) RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 8; Abe, *supra* note 22, at 306.
- (29) 司法修習期間が1年に短縮されるのは、ロースクールを経た新司法試験合格者のみである。旧司法試験合格者は、さらに4か月ないし6か月の司法研修所における修習が課せられる。E-mail from Setsuo Miyazawa, Professor, Aoyama Gakuin Law School, to David Law, Professor, Washington University in St. Louis (Mar. 1, 2009, 14: 29: 30 CST) (on file with author); E-mail from Norimitsu Shirai, 2008 Keio Law School Graduate, to David S. Law, Professor, Washington University in St. Louis (Mar. 1, 2009, 19: 57: 39 CST) (on file with author).
- (30) Supreme Court of Japan, The Legal Training and Research Institute of Japan, <http://www.courts.go.jp/english/institute/institute.html>.
- (31) Interview with Lawrence Repeta, Professor, Omiya Law School, in Tokyo, Japan (July 4, 2008).
- (32) Interview with Judge 5, in Location Concealed (Date Concealed); Supreme Court of Japan, *supra* note 30.
- (33) See Setsuo Miyazawa, *The Politics of Judicial Reform in Japan: The Rule of Law at Last?*, ASIAN-PAC. L. & POL'Y J. (SPECIAL ISSUE), Spring 2001, at 89, 112 (司法研修所教官になる裁判官教官の慎重な人選について指摘している); Interview with Judge 4, in Location Concealed (Date Concealed). 司法研修所教官の人選は公式には裁判官会議の責任において行われる。しかし、実際の作業を担うのは事務総局である。Abe, *supra* note 22, at 306; see also *infra* notes 107, 278 and accompanying text (裁判官会議の公式の権限と現実の働きの不一致について指摘している).
- (34) Miyazawa, *supra* note 22, at 112.
- (35) *Id.*; see also Interview with Judge 5, *supra* note 32 (より若い者の任官が好まれることを確認している).
- (36) Miyazawa, *supra* note 22, at 112.
- (37) Interview with Judge 3, in Location Concealed (Date Concealed); Interview with Judge 4, *supra* note 33; Interview with Judge 5, *supra* note 32; 金谷利広「45年間の裁判官生活を振り返って」『近畿大学法科大学院論集』第3号(2006年)101, 108頁もみよ(司法修習生時代にクラス担任だった民教教官および刑裁教官の人柄と力量に魅せられ、筆者は裁判官になりたいとの志望を固め、最終的には最高裁判事に任命されるにまで至ったことを自伝的に紹介している).

- (38) Interview with Judge 3, *supra* note 37; Interview with Judge 4, *supra* note 33; Interview with Judge 5, *supra* note 32.
- (39) Daniel H. Foote, *Recent Reforms to the Japanese Judiciary: Real Change or Mere Appearance?*, 『法社会学』第 66 号 (2007 年), 128, 146 頁; Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (40) Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (41) *Id.*
- (42) *Id.*; see also Abe, *supra* note 22, at 307 (教官は彼らが任官に「適さない」とみなす修習生に、任官をあきらめさせることにたいしては成功すると述べている).
- (43) Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (44) *Id.*
- (45) *Id.*
- (46) See, e.g., Foote, *supra* note 39, at 143 (政府の司法制度改革審議会は、下級裁判所裁判官の任命過程にいっそうの透明性も求めていると指摘している); see also Interview with Takao Tanase, Professor, Chuo Law School, in Tokyo, Japan (June 26, 2008) (任官過程のいっそうの公開性を支持している); Interview with Masako Kamiya & Hidenori Tomatsu, Professors, Gakushuin University Law School, in Tokyo, Japan (June 27, 2008) (前者と同じ見解である); Interview with Yoshitomo Ode, Professor, Tokyo Keizai University & Former Chair, Seihokyo, in Tokyo, Japan (Aug. 6, 2008) (透明性の欠如を批判し、その原因を推測している).
- (47) Foote, *supra* note 39, at 143 (下級裁判所裁判官指名諮問委員会, すなわち “Lower Court Judge Designation Consultation Commission” の設置と活動について論じている); Miyazawa, *supra* note 27, at 86-87 (同じ組織について論じているが、その名称を “Advisory Committee on the Nomination of Lower Court Judges” と英訳している)。日本の裁判官は最初は判事補として 10 年間の任期を務める。その後、彼らはほとんど例外なく、判事として再任されるか、再任を求めないよう促される。再任はその後 10 年ごとに定年まで繰返される。定年年齢は法律により判事と高裁長官は 65 歳、最高裁長官と最高裁判事は 70 歳と決められている。裁判所法 50 条。; O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 46; Interview with Judge 5, *supra* note 32.
- (48) Interview with Committee Source, in Tokyo, Japan (June 27, 2008).
- (49) *Id.*
- (50) Foote, *supra* note 39, at 150-51; Interview with Committee Source, *supra*

note 48.

- (51) Foote, *supra* note 39, at 146-50.
- (52) *Id.* at 151; Interview with Committee Source, *supra* note 48.
- (53) Interview with Committee Source, *supra* note 48.
- (54) *Id.*
- (55) *Id.*
- (56) *See infra* notes 125-28 and accompanying text.
- (57) Interview with Secretary to Justice F, Current or Former Member of the Supreme Court of Japan, in Tokyo, Japan (Date Concealed).
- (58) Interview with Justice F, Current or Former Member of the Supreme Court of Japan, in Tokyo, Japan (Date Concealed).
- (59) Interview with Justice D, Current or Former Member of the Supreme Court of Japan, in Tokyo, Japan (Date Concealed).
- (60) *Id.*
- (61) *See* Frank K. Upham, *Political Lackeys or Faithful Public Servants? Two Views of the Japanese Judiciary*, 30 LAW & SOC. INQUIRY 421, 453 (2005) (「民事畑の官僚的裁判官について一般のアメリカ人よりよく知っている読者でさえも、日本の司法制度による人事統制と仮借なき監督ぶりには驚かされるであろう」).
- (62) RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 10-12.
- (63) *See* Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1887 (日本の裁判官に求められる異動は「日本の端から端まででありうるし、またしばしば実際そうであり」、加えて様々な種類の裁判所に異動させられると指摘している); Interview with Haruhiko Abe, Attorney & Retired Judge, in Tokyo, Japan (July 16, 2008) (政治的に配慮を要する訴訟に対する彼の判決に不満を抱いた事務総局が、刑事が得意な彼を繰り返し家裁に配置することで意趣返しをした、と述べている); *see also* Takuya Asakura, *A Judiciary Ruled by Conscience or Politics?*, JAPAN TIMES ONLINE, June 22, 2002, <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20020622a9.html> (家裁判事としてさえ、安倍晴彦は少年の刑事事件を担当する機会を奪われていたと指摘している). 厳密に言えば、裁判官はその意思に反して転所をされることはないと裁判所法48条は定めている。しかし実際には、裁判官は転所の内示に従うか退官するか以外に、選択の余地はほとんどない。*See* RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 10-11 (「自ら

- の責任で」転所を拒否し、そうすることで再任拒否の恐れに身をさらす裁判官もいると指摘している); Miyazawa, *supra* note 22, at 48 (意思に反しての転所から裁判官を守る法の規定が、なぜ考えられるほど実効をあげていないのかを説明している)。
- (64) Interview with Judge 2, in Location Concealed (Date Concealed); Interview with Judge 3, *supra* note 37.
- (65) Colin P. A. Jones, *Japan's Crazy Judges*, 25 J. JAPANESE L. 269, 271 (2008) (book review); Interview with Justice G, *supra* note 14.
- (66) ここで描かれている仮説的なエリートコースは、様々な裁判官の伝記と他の研究者による説明を組み合わせたもので、これら伝記と説明はすべて相互に矛盾しない。See, e.g., JOHN OWEN HALEY, *THE SPIRIT OF JAPANESE LAW* 118-21 (1998); ITOH, *supra* note 14, at 254-55; O'BRIEN WITH OHKOSHI, *supra* note 25, at 71-75; Setsuo Miyazawa & Hiroshi Otsuka, *Legal Education and the Reproduction of the Elite in Japan*, ASIAN-PAC. L. & POL'Y J., June 2000, at 2: 1, 2: 22-24, tbl. 27; Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1887-89, 1901, 1905-06.
- (67) See ITOH, *supra* note 14, at 79 (調査官には、彼らの同期のうちで最も出来がよく期待されている裁判官の中から選ばれる傾向にあると述べている)。
- (68) See *infra* subpart III (C) (首席調査官および上席調査官の所掌事務について論じている)。
- (69) See Samuels, *supra* note 12 (内閣法制局の所掌事務、影響力、および威信について述べている)。
- (70) See RAMSEYER & RASMUSEN, *MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE*, *supra* note 3, at 20 (「北海道か沖縄 (いずれも東京から最も遠い) に勤務した裁判官の次の任地は東京にするという、長年続いているルールを事務総局は守っている」)。
- (71) See ITOH, *supra* note 14, at 254-55 (「エリート」裁判官のキャリア類型を論じている); RAMSEYER & RASMUSEN, *MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE*, *supra* note 3, at 13 (「出世コースの裁判官」に対する特別待遇をまとめている)。
- (72) ITOH, *supra* note 14, at 254; Miyazawa, *supra* note 22, at 49; Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1905-10, 1912-13.
- (73) See, e.g., ITOH, *supra* note 14, at 254-55; Haley, *supra* note 2, at 102-05; Miyazawa, *supra* note 27, at 48-49 (これらはすべて、事務総局の司法行政ポストに付随する権力と威信、とりわけ人事に付きものの権力と威信について

論じている)。

- (74) See ITOH, *supra* note 14, at 26 (事務総長を務めて、その後は主要な高裁の長官となれば、続いてほとんど確実に最高裁判事に任命されるようであると述べている); Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1884-85 (下級裁判所裁判官のうちで、事務総局に勤務経験のある、あるいは事務総長として務めたことのある裁判官は、ごくわずかであると指摘している); see also O'BRIEN WITH OHKOSHI, *supra* note 25, at 77 (1980年代から1990年代まで最高裁長官に任命された者はみな、以前に事務総長経験はないかもしれないが、事務総局の一つないし複数の局長経験をもっていると指摘している)。
- (75) See Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1883-84 tbl. 2 (1983年から2005年までに任命された最高裁裁判官全員の年齢を表にして掲げている); *supra* note 26 (定年年齢について論じている)。
- (76) See RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 15 (首相がより高齢の裁判官を慎重に任命して、「ハリー・ブラックマン問題」〔訳者注：ハリー・ブラックマンは連邦最高裁判事(在任1970-94)。死刑について、加齢とともに考え方を変えて、ついには死刑制度への反対意見を表明するようになった。〕を避けていることを指摘している); O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 53-55 (若い候補者を好まない偏りについての経験的証拠を指摘し、この偏りは法廷における飛び跳ねた行動を抑える効果をもつかもしいと仮定している); *infra* text accompanying notes 175-90 (すでに退官年齢に近い法律学の教授が任命される意図的な選好を論じている)。
- (77) See O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 53-55, 54 tbl. 3.2 (1940年代以来、最高裁裁判官の平均在職年数は6.31年であると述べている)。
- (78) 近年では、下級裁判所裁判官指名諮問委員会の諮問に基づいて(前出の注47-52とそこに付された説明をみよ)、最高裁は若干の裁判官——1年あたりおよそ3人から5人——の再任を拒否している。Interview with Judge 5, *supra* note 32; Interview with Committee Source, *supra* note 48; see also Foote, *supra* note 39, at 152-53 (設置後最初の3年で、委員会は合計14人の裁判官を再任不適当と答申したと指摘している)。2003年の委員会設置以前でみると、それまでわずか2人の裁判官が再任拒否されたにすぎなかった。Foote, *supra* note 39, at 153。
- (79) See Miyazawa, *supra* note 22, at 48 (宮本が青法協会員裁判官であると最高裁が認めたことが、彼の再任拒否にある役割を果たしたと指摘している); *infra* notes 85-93 and accompanying text。

- (80) See RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 23 (青法協会員裁判官であった金野俊雄が判事補任期終了時に、事務総局は彼を再任しないだろうときかされて、彼が退官に至る経緯を論じている); Haley, *supra* note 2, at 103 (「自分から退官しなければ再任拒否されると予想して、退官した裁判官もいたかもしれない」).
- (81) Miyazawa, *supra* note 22, at 48; Interview with Haruhiko Abe, *supra* note 63.
- (82) Haley, *supra* note 2, at 126.
- (83) See, e.g., O'BRIEN WITH OHKOSHI, *supra* note 25, at 74 (「あまりに独立的であまりにリベラルな」裁判官は低い報酬に抑えられ、それほど格の低い裁判所や人気のない任地に回される傾向にあると指摘している); Upham, *supra* note 61, at 424 (「事務総局は、能力と政治的信頼度の双方について裁判官の仕事ぶりを詳細にモニターしていることに異論はない」).
- (84) E.g., O'BRIEN WITH OHKOSHI, *supra* note 25, at 75-76; RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 19-25, 37-43, 162-70; Haley, *supra* note 2, at 121; Miyazawa, *supra* note 22, at 55.
- (85) See RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 19 (青法協を the Young Jurists League と英訳している); Miyazawa, *supra* note 22, at 55-57 (青法協を the Young Lawyers Association と英訳している).
- (86) Interview with Yasuaki Miyamoto, Legal Aid Attorney & Retired Judge, in Hachioji, Japan (July 14, 2008); Interview with Yoshitomo Ode, *supra* note 46.
- (87) RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 18-19.
- (88) *Id.* at 19.
- (89) HIROSHI ITOH & LAWRENCE WARD BEER, THE CONSTITUTIONAL CASE LAW OF JAPAN: SELECTED SUPREME COURT DECISIONS, 1961-70, at 16-17 (1978).
- (90) *Id.* at 17.
- (91) See RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 23-24 (町田を含む一部の元青法協会員裁判官の栄達について指摘している).
- (92) RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE,

supra note 3, at 41-47. *But see* Kentaro Fukumoto & Mikitaka Masuyama, Judging Political Promotion of Judges: Survival Analysis, Split Population Model and Matching Method 12-13 (2006) (unpublished manuscript, on file at <http://www-cc.gakushuin.ac.jp/~e982440/research/FKMM-APSA06.pdf>) (ラムザイヤーとラスムセンによって分析されたデータに人口分類別生存分析とマッチング技法を適用して、青法協会員裁判官が格上の司法行政ポストへの昇進を遅らされているという統計学的に有意な証拠はないと指摘している).

- (93) RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 60-61, 80-81.
- (94) O'BRIEN WITH OHKOSHI, *supra* note 25, at 74.
- (95) 都市部に配属される裁判官にはやや高額の手当が支給され、それはその裁判官が当該地域を離れて 2 年後に段階的に停止される。Interview with Judge 5, *supra* note 32.
- (96) Interview with Judge 3, *supra* note 37.
- (97) RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 12; Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1887; Interview with Judge 3, *supra* note 37.
- (98) RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 12; Interview with Judge 3, *supra* note 37.
- (99) Interview with Justice F, *supra* note 58. 公式には裁判官は転所を拒否してかまわないが、実際にはそのような転所は裁判官である限り避けられないものであり、定例の異動の受け入れを拒否する裁判官は、10 年の任期終了時に再任拒否されるリスクを背負うことになる。See *supra* note 63 and accompanying text.
- (100) Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (101) *Id.*
- (102) *Id.*; see also Miyazawa, *supra* note 22, at 49-50 (一定の裁判官がより望ましい任地に優先的に配属されるのに用いられる、おきまりの理由づけについて述べている).
- (103) Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (104) 各裁判官の処理件数によって測定される生産性の相違をコントロールした後でさえ、ラムザイヤーとラスムセンは「左翼」裁判官がそのキャリアにおいてより冷遇されていると指摘する。RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 80-81. しかし、この結論

の妥当性は方法論的に疑問視されている。See Fukumoto & Masuyama, *supra* note 92, at 12 (ラムザイヤーとラスムセンの分析は不正確なデータに基づいており、経過時間依存を説明せず、彼らのモデルの誤った条件付けに決定的に依存していると論じている)。

- (105) See, e.g., O'BRIEN WITH OHKOSHI, *supra* note 25, at 72-76 (裁判官の任地を左右し、報酬を調整することによって、イデオロギー的服従が巧みに確保されてきたと指摘している); Abe, *supra* note 22, at 307-09, 318 (事務総局は異動と昇進に対する権限を用いて、司法部の内部的規範への服従を確保していると論じている); Haley, *supra* note 2, at 121-28 (日本の司法部の保守主義は、自律的な司法官僚制の保守的指導層によって課せられる強力な内部規律の産物であると論じている); Miyazawa, *supra* note 22, at 52, 50-52 (日本の裁判官は「事務総局の不興を買いそうな判決を下すには途方もない勇気が必要とする」と主張し、その証拠を挙げている); *supra* note 92 and accompanying text (「左翼」裁判官の運命に関する、ラムザイヤーとラスムセンによる統計学的結論について論じている)。
- (106) See *supra* notes 61-105 and accompanying text.
- (107) See ITOH, *supra* note 14, at 250-51 (最高裁判官会議のメンバー構成と進め方を論じている)。
- (108) Interview with Shinichi Nishikawa, Professor, Meiji University, in Tokyo, Japan (Aug. 20, 2008)。
- (109) Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (110) *Id.*
- (111) *Id.*
- (112) *Id.*
- (113) *Id.*
- (114) *Id.*
- (115) Miyazawa & Otsuka, *supra* note 66, at 2: 23; see also ITOH, *supra* note 14, at 254 (「事務総長には事務総局の司法官僚経験者が圧倒的に就任してきている」と述べている)。
- (116) See *infra* notes 141-43 and accompanying text.
- (117) 濱田邦夫「これらかの最高裁判所の在り方について (前編)」『Niben frontier』2007年10月号, 23, 29頁をみよ。(2007年10月までで、最高裁裁判官として148人が就任したと指摘している); *infra* text accompanying notes 179-82 (すでに退官年齢に近い法律学の教授を任命することが慎重に好まれることを論じている)。

- (118) See O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 54 tbl. 3.2 (日本の歴代首相によって指名・任命された最高裁判官の数を明らかにしている); Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1883-84 tbl. 2 (1983年から2005年までのすべての最高裁判事を表に掲げている)。たとえば、2008年9月から2009年2月まで、4人の最高裁判事が任命された。See Supreme Court of Japan, Justices of the Supreme Court, <http://www.courts.go.jp/english/justices/index.html> (宮川、櫻井、竹内、および金築の各最高裁判事の任命に関するデータを提供している)。
- (119) Interview with Justice B, *supra* note 17; Interview with Justice F, *supra* note 58.
- (120) Interview with Justice F, *supra* note 58; see also Haley, *supra* note 2, at 111 (「先任の検察官出身裁判官」が候補者人選に責任を負うと述べている)。
- (121) Interview with Justice F, *supra* note 58; see also Haley, *supra* note 2, at 111-12 (どの検察官が最高裁判官にふさわしいかを決めるにあたって、「最高裁長官も事務総長もなんら発言しない」と指摘している)。
- (122) RAMSEYER & ROSENBLUTH, *supra* note 3, at 158; Haley, *supra* note 2, at 117.
- (123) See Miyazawa, *supra* note 22, at 50-51 (司法部と法務省の人事交流制度について論じている); see also Yasuo Hasebe, *The Supreme Court of Japan: Its Adjudication on Electoral Systems and Economic Freedoms*, 5 INT'L J. CONST. L. 296, 300 (2007) (法務省は「高位級の」ポストに充てるために、司法部から多くの裁判官を転官させていることを指摘している)。
- (124) Interview with Justice B, *supra* note 17; Interview with Justice F, *supra* note 58.
- (125) See Haley, *supra* note 2, at 51 (「左翼リベラル」にして「進歩的改革派」の弁護士が日弁連と各地の単位弁護士会を支配し、日本社会全体に影響を与えてきたことがいかに「顕著」であるかについて指摘している)。
- (126) See *id.* at 52 (1987年に改正された弁護士倫理規定を引用している); 日本弁護士連合会会則 (1947年7月9日制定) 2条, <http://www.nichibenren.or.jp/en/about/pdf/articles.pdf> (「本会は基本的人権を擁護し、社会正義を実現する源泉である」)。
- (127) See Haley, *supra* note 2, at 53-54 (「他者の統制からの独立あるいは自由に対する深い欲求が、日本のほとんどすべての弁護士を動機づけている」)。
- (128) Interview with Justice B, *supra* note 17; Interview with Justice G, *supra* note 14.

- (129) Interview with Justice B, *supra* note 17.
- (130) *Id.*
- (131) *Id.*
- (132) この裁判官は、東弁を東京三会の中で最もリベラルであると特徴づけた。
see id., しかし、イデオロギー的理由で他の二つの弁護士会から分裂した二弁
 は、よりリベラルだとしばしば言われる。*See* E-mail from Masako Kamiya,
 Professor, Gakushuin University Law School, to David S. Law, Professor,
 Washington University in St. Louis (Mar. 10, 2009, 23: 34: 43 CST) (on file
 with the author) (二弁を東京三会のうちで「最もリベラル」であり、東弁
 を「中道」とみなしている)。しかしながら、いずれにせよ、東弁も二弁も一
 弁より左寄りだと評されている。
- (133) Interview with Justice B, *supra* note 17.
- (134) *Id.*
- (135) 1947 年から 1980 年までに最高裁判事に任命された弁護士出身者 26 名のう
 ち、16 名が単位弁護士会の会長もしくは副会長の経験者であった。これらの
 うち、10 名は東京三会のいずれかの、2 名は大阪弁護士会の、そして 1 名ずつ
 が名古屋弁護士会と神戸弁護士会〔訳者注：現・兵庫県弁護士会〕の出身であっ
 た。MERYLL DEAN, JAPANESE LEGAL SYSTEM 324 (2d ed. 2002); *see*
also Haley, *supra* note 2, at 109 (「[最高裁判事に任命された弁護士のうち]
 単位弁護士会の役職経験者が圧倒的に多い。このことは、どの弁護士が最高裁
 裁判官に選ばれるかに影響を及ぼすのは、政治指導者よりもむしろ弁護士たち
 自身であることを実証している」)。
- (136) *See* Interview with Setsuo Miyazawa, Professor, Aoyama Gakuin Law
 School, in Tokyo, Japan (Aug. 7, 2008).
- (137) *Id.*
- (138) ITOH, *supra* note 14, at 24.
- (139) *Id.*; Shigenori Matsui, The History of the Japanese Supreme Court 6 &
 n.12 (June 14, 2008) (unpublished manuscript, on file with the author).
- (140) ITOH, *supra* note 14, at 24–25.
- (141) O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 52.
- (142) *See* Supreme Court of Japan, *supra* note 118 (最高裁裁判官の経歴にリン
 クしている)。
- (143) Interview with Justice F, *supra* note 58.
- (144) Interview with Justice B, *supra* note 17.
- (145) J. Mark Ramseyer, *Predicting Court Outcomes Through Political*

Preferences: The Japanese Supreme Court and the Chaos of 1993, 58 DUKE L. J. 1557, 1576 & tbl. 1 (2009).

- (146) *See id.* (実際に、大法廷回付が相当と思われる事件でさえ小法廷で裁かれる傾向にあり、大法廷で法廷意見が出されるのは年にゼロないし 2 である傾向を指摘している).
- (147) Interview with Justice B, *supra* note 17.
- (148) *Id.*; *see also* ITOH, *supra* note 14, at 251 (最高裁長官は「ほとんどの時間を司法行政に費やす」と指摘している). 現在の最高裁長官はまさに例外である。竹崎長官は所属する小法廷の審理に加わる決断を最近したが、それは彼が最高裁の審理にじかに触れたいとの意向によるものである。歴代の長官と違って、彼は最高裁判事を経ずにいきなり長官になったことがその背景にある。「最高裁小法廷で長官が裁判長に 竹崎氏、異例の参加」『日本経済新聞』2009 年 3 月 10 日 34 面; E-mail from Masako Kamiya, *supra* note 132.
- (149) *See supra* notes 124-25 and accompanying text.
- (150) *Id.*
- (151) *See supra* notes 126, 132 and accompanying text.
- (152) *See* Interview with Justice B, *supra* note 17.
- (153) *See infra* section II (D) (3).
- (154) *See* Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1885 (1983 年から 2005 年までに最高裁入りした 12 人の元行政官のうち 5 人が元外交官だったと指摘している).
- (155) Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (156) Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1885; Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (157) *See* Haley, *supra* note 2, at 108 (それ以前に 2 人の女性判事がいたことを述べている); Supreme Court of Japan, Justices of the Supreme Court, <http://www.courts.go.jp/english/justices/sakurai.html> (櫻井判事の経歴が掲載されている).
- (158) Interview with Justice B, *supra* note 17.
- (159) *Id.*; *see also* Interview with Justice G, *supra* note 14 (福田判事は少数意見に与する点で、最高裁裁判官の弁護士出身グループにおそらく分類されようと指摘している).
- (160) Shingo Miyake, 「話題判決 エリート主導」『日本経済新聞』2004 年 7 月 5 日 19 面。
- (161) 日本国憲法 79 条 1 項をみよ (「最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律で

定める員数のその他の裁判官でこれを構成し、その長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する。』).

- (162) Interview with Justice F, *supra* note 58.
- (163) *Id.*
- (164) Haley, *supra* note 2, at 108–09.
- (165) Interview with Justice C, Current or Former Member of the Supreme Court of Japan, in Tokyo, Japan (Date Concealed).
- (166) Interview with Justice F, *supra* note 58.
- (167) *Id.*
- (168) *Id.*
- (169) *Id.*
- (170) Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (171) Interview with Justice F, *supra* note 58.
- (172) Interview with Justice A, *supra* note 17; Interview with Justice F, *supra* note 58; Interview with Justice G, *supra* note 14; Interview with Masako Kamiya & Hidenori Tomatsu, *supra* note 46.
- (173) See O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 57–58 (法律学の教授出身の最高裁判事は、1981年から1993年までに出了れた判決についた少数意見の四分の一以上を表明したと述べている).
- (174) Interview with Justice E, Current or Former Member of the Supreme Court of Japan, in Tokyo, Japan (Date Concealed).
- (175) See O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 53–54 (ほとんどの最高裁裁判官は60歳代で任命され、その任命時の平均年齢は1990年から1995年の間で64.2歳だったと論じている).
- (176) See *id.* at 54 tbl. 3.2.
- (177) これらの統計は、最高裁の公式サイトに掲載されているすべての最高裁裁判官経験者の経歴データから算出したものである。このサイトは2009年1月の泉徳治判事の退官までを掲載している。Courts in Japan, http://www.courts.go.jp/saikosai/about/saibankan/hanzi_itiran; see also O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 57 tbl. 3.3 (1995年時点での現職者を掲げている)。たとえば、園部逸夫のように最高裁判事任命までに複数の経歴をもつ裁判官は、最高裁のサイトで確認できる任命時点での職業に従って分類した。See Miyazawa, *supra* note 22, at 54–55 (園部の多様な経歴を記している)。
- (178) 実施された統計学的検証は一元配置分散分析と2標本 t 検定の比較である。前者は最高裁裁判官の五つのグループ——すなわち、職業裁判官出身者、弁護士

- 士出身者、行政官出身者、検察官出身者、および学者出身者——を扱い ($F=4.31$; $p<0.01$), 後者は職業裁判官出身者と弁護士出身者の間 ($p<0.01$), および検察官出身者と弁護士出身者の間 ($p<0.01$) で行われた。
- (179) この結論は2標本 t 検定の比較に基づいている。その数値は、学者出身者と職業裁判官出身者の間 ($p=0.69$), 学者出身者と行政官出身者の間 ($p=0.63$), 学者出身者と検察官出身者の間 ($p=0.68$), さらに学者出身者と弁護士出身者の間 ($p<0.01$) となった。このデータは、55人の職業裁判官出身者、44人の弁護士出身者、14人の行政官出身者、13人の検察官出身者、さらに12人の学者出身者を含んでいる。
- (180) Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (181) *Id.*
- (182) *Id.*
- (183) RAMSEYER & ROSENBLUTH, *supra* note 3, at 144, 153; J. Mark Ramseyer & Eric B. Rasmusen, *Why Are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases?*, 95 AM. POL. SCI. REV. 331, 333 (2001).
- (184) See Ramseyer & Rasmusen, *supra* note 183, at 333 (「1955年から1993年まで、自民党は国会を常にかがっちり支配し、その状況が続くことを合理的に予想できた」); *infra* note 187 (自民党が当面政権を維持する見込みを論じている)。
- (185) See Ramseyer & Rasmusen, *supra* note 183, at 333 (「アメリカにおける定期的な政権交代を前提に、大統領は最高裁判事に比較的若い者を起用して、そのポストが終身職であることを利用しようとする」)。
- (186) See RAMSEYER & ROSENBLUTH, *supra* note 3, at 153 (「アール・ウォレン連邦最高裁長官に代表されるエイジェンシー・スラックの危険」に言及している。すなわち、政治的に信頼できると考えて任命した者が、時が経つにつれて全く異なる立場に移行してしまうことがあるのだ); Lee Epstein et al., *Ideological Drift Among Supreme Court Justices: Who, When, and How Important?*, 101 NW. U. L. REV. 1483, 1486 (2007) (連邦最高裁におけるイデオロギーの漂流の程度を明らかにしている)。
- (187) 近年の世論調査によれば、自民党はここ50年以上で2度目の政権喪失の危機にある。*Japan's Crashing Economy: Cold Medicine*, ECONOMIST, Feb. 21, 2009, at 44. しかしながら、いくつかの点で自民党の最大のライバルである民主党は、自民党の反対派よりも純粋な野党として行動していない。実際に、現在の民主党代表自身が、党内抗争の結果袂を分かった元自民党の領袖である。See CURTIS, *supra* note 3, at 71 (小沢一郎の自民党離党に至った党内抗争を

論じている)。実質的な政策に関して、民主党を自民党から区別することは困難である。Id. at 194; see also Craig Martin, *The Case Against "Revising Interpretations" of the Japanese Constitution*, ASIA-PAC. J.: JAPAN FOCUS, <http://japanfocus.org/-Craig-Martin/2434> (自民党も民主党も憲法9条の平和条項の骨抜きを狙っていると指摘している)。結局、民主党が政権の座に就いたとしても、自民党の主要な政策面での業績——最も顕著なところでは、日本の防衛力の増強を含む——をご破算にすることも、裁判所によって劇的なイデオロギー的变化を引き起こすこともまず無理だろう。Cf. CURTIS, *supra* note 3, at 197-98 (政権を握った社会党が、自衛隊の合憲性と日米安保体制の妥当性をめぐる彼らの伝統的な立場をいかに放棄したかを記している); Ramseyer, *supra* note 145, at 1573-81, 1577 tbl. 2, 1582 tbl. 3 (1990年代前半に短期間続いた社会党政権は、下級裁判所の「反左翼バイアス」を克服しようとも、最高裁に「変革を容認する裁判官」を任命しようとしなかったと指摘している)。

- (188) See Ramseyer & Rasmusen, *supra* note 183, at 333 (自民党がずっと政権を担当するつもりである限り、その指導者は「退官前にその見解を変えない……相当に高齢の裁判官を任命しても問題はない」と述べている)。
- (189) 戸松秀典 (2008) 『憲法訴訟 第2版』(有斐閣), 416-417 頁; Interview with Justice E, *supra* note 174.
- (190) Interview with Justice E, *supra* note 174.
- (191) Hamada, *supra* note 117, at 24.
- (192) See O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 41 (日本にはアメリカの半分以下の人口しかいないが、日本の最高裁の新受件数はアメリカの連邦最高裁のそれとほぼ同じであると指摘している)。
- (193) See Haley, *supra* note 2, at 105 (アメリカの連邦最高裁と違って、「日本の最高裁はその新受件数に対する重大な裁量権を全く行使しない」と指摘している)。
- (194) See *id.* (ある種の民事上告事件に対する、1998年に施行された民事訴訟法の効果を記している); Interview with Judge 1, in Location Concealed (Date Concealed) (改革は最高裁を新受件数の重圧からほんのわずかに解放したにすぎないと指摘している)。
- (195) Interview with Judge 1, *supra* note 194 (職権放棄手続きについて論じている。これは権限の誤用あるいは裁量権の濫用に対する再審査とおおまかに訳すことができる); Interview with Justice B, *supra* note 17 (最高裁が処理を求められる、重大な事実誤認を申し立てる大量の上告件数を嘆いている); see

- also* Hamada, *supra* note 117, at 28 (たいてい日本の最高裁はアメリカの連邦最高裁に比べて、上告事件に関するより大量の記録を受理し、それを精査しなければならないと指摘している)。
- (196) Interview with Justice D, *supra* note 59; *see also* Interview with Judge 5, *supra* note 32 (祝日や夏休みを考慮に入れば、最高裁のカレンダーにおける実働日数は250日に近いだろうと指摘している)。
- (197) Interview with Justice D, *supra* note 59.
- (198) Interview with Justice B, *supra* note 17.
- (199) *Id.*
- (200) Interview with Justice D, *supra* note 59.
- (201) Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (202) RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK 299 (2008); *see also* ARTEMUS WARD & DAVID L. WEIDEN, SORCERERS' APPRENTICES: 100 YEARS OF LAW CLERKS ON THE SUPREME COURT 25 fig. 1.1 (2006) (1996年までの連邦最高裁の取扱件数をグラフ化している)。
- (203) Supreme Court of Canada, Cases Decided in 2006, <http://www.thecourt.ca/decisions-2006>.
- (204) Hamada, *supra* note 117, at 25.
- (205) *Id.*
- (206) *See id.* (行政事件担当の調査官の増員にもかかわらず、最高裁が2年以内で処理した行政事件の比率は、2000年から2005年にかけて実際には低下したと指摘している)。
- (207) *Id.* at 25; Interview with Justice B, *supra* note 17; Interview with Justice E, *supra* note 174.
- (208) Interview with Justice D, *supra* note 59.
- (209) ITOH, *supra* note 14, at 77; O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 42; *supra* subpart II (C).
- (210) ITOH, *supra* note 14, at 79.
- (211) *Id.* at 77; Interview with Judge 2, *supra* note 64; *see also* Interview with Judge 1, *supra* note 194 (調査官の任期は平均で4年ないし5年であると述べている)。
- (212) Interview with Judge 2, *supra* note 64.
- (213) *Id.*
- (214) Interview with Justice B, *supra* note 17.
- (215) *Id.*

- (216) Interview with Justice D, *supra* note 59.
- (217) O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 42.
- (218) *Id.*
- (219) Interview with Judge 1, *supra* note 194; Interview with Judge 5, *supra* note 32.
- (220) Interview with Judge 1, *supra* note 194.
- (221) *Id.*
- (222) See ITOH, *supra* note 14, at 79 (「調査官報告書が不十分である、あるいは、論点を明確にするためにグループ討議がもっと必要であると裁判長が感じた場合」、調査官は報告書を書き直すことになる」と説明している).
- (223) Interview with Judge 1, *supra* note 194.
- (224) *Id.*
- (225) *Id.*
- (226) *Id.*
- (227) Interview with Judge 5, *supra* note 32.
- (228) Interview with Judge 1, *supra* note 194.
- (229) *Id.*
- (230) *Id.*
- (231) *Id.*; see also Interview with Judge 2, *supra* note 64 (事務総局が調査官の仕事ぶりを評価する際には、裁判官会議と首席調査官の両方に諮ると説明している).
- (232) Interview with Justice F, *supra* note 58.
- (233) Interview with Judge 1, *supra* note 194; Interview with Justice F, *supra* note 58.
- (234) See Interview with Judge 1, *supra* note 194 (調査官が先例との一貫性を確保することをこのシステムの強さだとみなしている); Interview with Justice F, *supra* note 58 (調査官が果たすべき役割について事務総局がどういう意識をもっているかを記している).
- (235) See Miyazawa, *supra* note 22, at 54 (調査官は事務総局と「同じ物の見方を共有し」、事務総局が予測可能な範囲で行動するようだと指摘している).
- (236) See Abe, *supra* note 22, at 314-16, 318 (日本の裁判官は、もし彼らが司法部の「責任ある立場」にのぼりつめると、「政治的多数派の意思」への挑戦を避けるという規範に従わなければならないと述べている).
- (237) See, e.g., Craig Martin, *Lessons for Japan from Canada: Establish Limits on Naval Support to U.S.*, JAPAN TIMES, Jan. 10, 2008, at 15, available at

<http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/ea20080110a1.html> (アフガニスタンに介入した多国籍軍に対する日本の燃料補給を法的に根拠づけることが、憲法に違反しないかをめぐる論争について記述している).

- (238) See *supra* note 12 and accompanying text.
- (239) Interview with Judge I, *supra* note 194.
- (240) Interview with Justice B, *supra* note 17.
- (241) あるリベラル派の最高裁判事 — 彼は自分の法的アプローチは、1938年の合衆国対カローラインプロダクツ事件の有名な脚注(4)において表明され、JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980) で詳述された司法審査の理解によって、おおいに影響を受けたと述べた — は、自分は調査官によってアメリカ憲法理論のこの部分を教えられたと指摘した。
- (242) 私がインタビューした裁判官の1人は、匿名を条件にまさにそのような話を私に語ってくれた。その卓越した知的能力とリベラルな傾向で知られたある元最高裁判事が私に打ち明けたところでは、自分は調査官の助言に反する判決を書きたいと調査官に一度告げたことがあったという。その調査官はその訴訟を論じ合うための調査官全員の会合を開いた。その後裁判官のところに戻ってきて、彼にこう述べたのだった。「私ども30人全員はあなたの考え方が間違っていると思う。」その裁判官は、黙って従うほかなかった。
- (243) See O'BRIEN WITH OHKOSHI, *supra* note 25, at 83 (「最高裁の規範」も「法文化」も、反対意見あるいは補足意見でさえもそれをつける側に回ることを好まないと述べている)。
- (244) Interview with Justice G, *supra* note 14.
- (245) *Id.*
- (246) ITOH, *supra* note 14, at 78-79.
- (247) Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (248) Interview with Masako Kamiya & Hidenori Tomatsu, *supra* note 46.
- (249) Interview with Justice C, *supra* note 165.
- (250) Interview with Justice D, *supra* note 59.
- (251) *Id.*
- (252) Interview with Justice A, *supra* note 17.
- (253) 指摘されるべきなのは、裁判実務の欠如も調査官の助力の欠如も、法律学の教授出身の最高裁判事が少数意見の立場をかなり取りがちであることを妨げるものではないということだ。See O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 57-58, 57 tbl. 3.3 (法律学の教授出身の最高裁判事が1981年から1993年までの間に、

法廷意見以外の意見の四分の一以上を起案したことを指摘し、出身枠別にこの時期に最も多く少数意見に与した裁判官を表にしてまとめている)。調査官の手助けをほとんどあるいは全く受けずに、彼らが個別意見を起案する力量は、次の事実には照らせば、おそらく驚くに値しない。弁護士や行政官出身者と異なり、彼らは自身の考えを表明し、司法判断を批判するのに職業上慣れているのである。しかしながら、法律学の教授出身の最高裁判事は常に1人しかいないので、必要とされる場合ならばいつでも法廷意見とは異なる法学的見解を明らかにする負担を引き受けるよう、彼らに期待するのは酷である。その職務の重大性のみならず最高裁の内部組織からみて、1人の裁判官がなし遂げることには限界がある。たった1人の裁判官では、自分が属していない二つの小法廷が扱う訴訟をうまく目配りすることはできないし、ましてやそれに影響を及ぼすことなどできやしないのである。

(254) See MARTIN SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS 20 (1981) (「司法部は別個の存在としてではなく、政治的権威の主流派の欠かせない一部として作用するというのが普遍的なパターンである」)。

(255) See *supra* Part II.

(256) See *supra* Part III.

(257) たとえば昨年、名古屋高裁は航空自衛隊のイラクでの空輸活動は憲法9条に違反するとの判断を示したが、原告適格は認められないとして救済を却下した。これに対して政府は、この判決にとらわれない旨を明言した。See Craig Martin, *Rule of Law Comes Under Fire: Government Response to High Court Ruling on SDF Operations in Iraq*, JAPAN TIMES, May 3, 2008, available at <http://search.japantimes.co.jp/print/ea20080503a1.html> (政府は「そのような裁判所の判断は受け入れられない」と述べた町村官房長官の公式声明を引用している)。判決が無視されたのは名古屋高裁ばかりではない。最高裁は繰り返し、衆院の定数不均衡は違憲状態にあると判決してきた。しかし国会は最高裁が示した基準に従って定数は正を行うことをずっと怠ってきた。See *supra* note 11 (裁判所の判決とそれに対する国会の不作为について論じている)。

(258) See RAY A. MOORE & DONALD L. ROBINSON, PARTNERS FOR DEMOCRACY: CRAFTING THE NEW JAPANESE STATE UNDER MACARTHUR 320 (2002) (自民党が1955年に結党されて以来、自民党の「主要目標」の一つは戦後憲法の改正であり、その改正の主眼は基本的人権の擁護を過度に強調しないこと、および憲法9条による戦争放棄と戦力および交戦権の否認を無力にすることだと指摘している); J. Patrick Boyd & Richard

- J. Samuels, *Nine Lives?: The Politics of Constitutional Reform in Japan*, 29 POL'Y STUD. 1, 17-26 (2005), available at <http://www.eastwestcenter.org/fileadmin/stored/pdfs/PS019.pdf> (憲法9条改正をめざした自民党の結党当初の動きを記述している); Masami Ito, *Article 9 in Abe's Sights*, JAPAN TIMES, Apr. 14, 2007, available at <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/n20070414a2.html> (憲法9条改正は自民党結党以来の目標であると指摘し、そのような改正の法的根拠を整えるための近年の動向を論じている)。
- (259) See David S. Law, *A Theory of Judicial Power and Judicial Review*, 97 GEO. L. J. 723, 778-85 (2009) (実際の司法権力がいかにしてまたなぜ、司法権力の見かけに依存しているかを論じている)。
- (260) Interview with Justice E, *supra* note 174.
- (261) *Id.*
- (262) See Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1890-91, 1883-84 tbl. 2 (1983年から2005年までに任命された最高裁判事全員を表にして掲げ、たとえば小泉首相は在職2年のうちに最高裁判事の過半数を任命することができたと指摘している)。
- (263) 日本国憲法79条2項をみよ (「最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする。」)
- (264) O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 53-54; see also RAMSEYER & ROSENBLUTH, *supra* note 3, at 152-53 (国民審査は実質的には無意味であると指摘している)。
- (265) See Keith Krehbiel, *Supreme Court Appointments as a Move-the-Median Game*, 51 AM. J. POL. SCI. 231, 233 (2007) (連邦最高裁が到達する政策結果は中間派判事の見解を反映するものであるもので、連邦最高裁の中間派判事の任命がきわめて重要であるとする一連の文献を記述しているとともに、この論文自体がそれら文献の一部をなしている)。
- (266) See, e.g., THOMAS R. MARSHALL, PUBLIC OPINION AND THE SUPREME COURT 79-80 (1989) (連邦最高裁は一般世論が支持する政策を採用する傾向にあるが、しかしそれは4年遅れてようやくであることを指摘している); Richard Funston, *The Supreme Court and Critical Elections*, 69 AM. POL. SCI. REV. 795, 806 (1975) (連邦最高裁は大統領選挙後の「時差期間」中に法律を無効にする傾向があると主張している。この選挙は一時的に、連邦最高裁を選挙で選ばれた行政部および立法部と食い違う状態に置くのである); William Mishler & Reginald S. Sheehan, *The Supreme Court as a Counter-*

- majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*, 87 AM. POL. SCI. REV. 87, 97 (1993) (連邦最高裁は多くの場合、世論の変化に応答するが、それは平均ほぼ5年の「重大な遅れ」のあとようやくだと指摘している)。But see John B. Taylor, *The Supreme Court and Political Eras: A Perspective on Judicial Power in a Democratic Polity*, 54 REV. POL. 345, 364-68 (1992) (「時差期間」という説明がニューディール期を超えてあてはまるかどうかについて、疑問を提起している)。
- (267) HENRY J. ABRAHAM, JUSTICES, PRESIDENTS, AND SENATORS: A HISTORY OF THE U.S. SUPREME COURT APPOINTMENTS FROM WASHINGTON TO BUSH II, at 324 (5th ed. 2008).
- (268) *Id.*; see also H.W. PERRY, JR., DECIDING TO DECIDE: AGENDA SETTING IN THE UNITED STATES SUPREME COURT 43-44 (1994) (連邦最高裁判事が評議で投票し発言する順番を記録している)。
- (269) U.S. CONST. art. I, § 3, cl.6.
- (270) See DENIS S. RUTKUS & LORRAINE H. TONG, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, THE CHIEF JUSTICE OF THE UNITED STATES: RESPONSIBILITIES OF THE OFFICE AND PROCESS FOR APPOINTMENT 6 & n.26 (2005), <http://digital.library.unt.edu/govdocs/crs/permalink/meta-crs-7287> (大統領就任式を執り行う職務は伝統的に最高裁長官に委ねられていると指摘している)。
- (271) See *id.* (最高裁長官によって作成される、連邦最高裁の年次報告書について論じている)。
- (272) See 20 U.S.C. § 76cc (2007) (最高裁長官をハーシュホーン博物館と彫刻庭園の理事に指名している); Alan B. Morrison & D. Scott Stenhouse, *The Chief Justice of the United States: More than Just the Highest Ranking Judge*, 1 CONST. COMMENT. 57, 61, 61-62 (1984) (「司法行政から離れた」最高裁長官のいくつかの職務を表にまとめている)。より本来の仕事としては、最高裁長官は臨時もしくは特別法廷のメンバーを選任する権限を有している。その際、イデオロギースの操作がなされる可能性は否定できない。See Morrison & Stenhouse, *supra*, at 61; Theodore W. Ruger, *The Judicial Appointment Power of the Chief Justice*, 7 U. PA. J. CONST. L. 341, 343, 391-94 (2004) (最高裁長官に人選の権限が与えられている裁判所を表にまとめて、最高裁長官は政治的配慮を要する問題を扱う裁判所には、保守的な裁判官を好んで起用するという仮説を提示している)。
- (273) See Interview with Justice E, *supra* note 174 (司法行政上および儀礼上な

- される最高裁長官の職務のいくつかは「まったくばかけている」と述べている).
- (274) See *supra* note 148.
- (275) Interview with Justice A, *supra* note 17; see *supra* notes 108-15 and accompanying text.
- (276) See Ramseyer & Rasmusen, *Managed Judges*, *supra* note 3, at 1879 (日本の最高裁長官の権限がアメリカの連邦最高裁長官のそれよりはるかに大きいことを、様々な点からまとめている).
- (277) RAMSEYER & RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE, *supra* note 3, at 12, 37-38; O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 48.
- (278) See ITOH, *supra* note 14, at 250-51 (裁判官会議の公式の権限と運営手続きについて論じている); Interview with Justice G, *supra* note 14 (裁判官会議は「重要な仕事」をまさに行っているが、最高裁の裁判官たちは一般に訴訟処理に忙しすぎて、裁判官会議を通じた司法行政にかかわる余裕はないと指摘している).
- (279) 日本国憲法 6 条 2 項。
- (280) Interview with Justice G, *supra* note 14. この裁判官がさらに明らかにしたところでは、彼が事務総長だったとき、次の最高裁長官がだれになるか、事前の相談を全く受けずに、それが決まった後で告げられただけだったという。
- (281) 国対外山, 最判刑集 20 巻 901 頁 (最高裁 1966. 10. 26)。
- (282) 日本国憲法 28 条。
- (283) Matsui, *supra* note 139, at 19.
- (284) 国対長谷川, 最判刑集 23 巻 305 頁 (最高裁 1969. 4. 2)。
- (285) Matsui, *supra* note 139, at 19-20.
- (286) Miyazawa, *supra* note 22, at 58; Interview with Masako Kamiya & Hidenori Tomatsu, *supra* note 46; Interview with Yoshitomo Ode, *supra* note 46; Matsui, *supra* note 139, at 21.
- (287) See Abe, *supra* note 22, at 316 (石田の選出は司法部の「左翼偏向」を正そうとする内閣の意図的な動きだったと述べている); Miyazawa, *supra* note 22, at 58; Matsui, *supra* note 139, at 21 & n.55 (両者とも、初代法務大臣を務め元自民党参院議員だった木村篤太郎が内閣に石田を強く推したと記している); Interview with Setsuo Miyazawa, *supra* note 136 (木村は石田の剣道仲間だったと指摘している)。
- (288) See O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 17, at 49 (青法協会員裁判官を「法廷からパージ」しようという石田の策動について指摘している); Matsui, *supra* note 139, at 20-21 (鶴園対国 (全農林警職法事件), 最判刑集 27 巻 547 頁

保守的最高裁の解剖

(最高裁 1973. 4. 25) および青法協脱会工作について論じている).

(289) Matsui, *supra* note 139, at 23.

(290) See Miyazawa, *supra* note 22, at 58 (1973 年に最高裁を去る際の, 田中の茫然自失ぶりを記している).

訳者解説

本稿は、David S. Law (2009), "The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan," *Texas Law Review*, VOL. 87, No. 7, pp. 1545-1593 の全訳である。筆者のデイヴィッド・S・ローは、注*にもあるとおり、ワシントン大学 (Washington University in St. Louis) 法学・政治学教授を務めている。訳出にあたってロー教授から求められたのは、本稿の初出が *Texas Law Review* 誌であると明記することだけだった。また、本稿の原文は <http://ssrn.com/author=383976> からダウンロードすることができる。

要旨は原文につけられておりそれを訳出した。キーワードは原文にはなかったが、ロー教授に照会し提示してもらった。目次は訳者がつけた。さらに、原文に用いられているイタリック体には傍点を付した。

これも注*で触れられているが、ロー教授は日立-CFR フェローシッププログラムにより日本に招聘され、2008年夏に3か月滞日した。その間、日本の法曹関係者や研究者を20人以上インタビューして回り、同年8月20日には私もお会いした。1時間半にわたって、日本の最高裁について詳しい質問をされて、たじたじになったことをよく覚えている。本稿はロー教授のこうした貪欲な研究活動の賜物である。その妥協を許さぬ徹底ぶりは、本稿に付された290にもものぼる注記に如実に表れていよう。私は2010年3月末に本稿の抜刷りを受け取り、その学問上の意義を直感した。本稿を日本の研究者の共有財産にもしたいと考え、ロー教授に邦訳を申し出て快諾を得た次第である。文字どおりの拙訳で、ロー教授のせっきくの業績に傷をつけるのではないかと恐れている。訳出に迷った箇所はロー教授にEメールで確認した。多忙な研究生を送られているにもかかわらず、いつもすぐに的確なご教示をいただき、圧倒される思いであった。もちろん、訳文のすべての責任

は訳者にある。

さて、本稿の主張の特徴は、「日本の裁判官は、自民党という本人の代理人であった」とまで指摘するラムザイヤーらの主張と、それを厳しく批判して「日本の司法部〔は〕世界でも最も自律的であり続けることを確保してきた」と述べるヘイリーの反論を架橋したことにあろう。言い換えれば、政治にはきわめて従順で保守的な最高裁が、一方で相当の自律性を保持しているというパズルを整合的に理解しようとする野心的な試みである。

そこでロー教授が目指すのがわが国の司法部の制度設計、具体的には司法部わけても最高裁が政治ないし世論にきわめて応答的である仕組みである。最高裁の人員構成を政治が決められること、および司法部の権力が最高裁長官に集中されていることが、この応答性を担保する。

最高裁はアプリオリに保守的であるわけではない。それは最高裁長官と事務総局幹部からなる司法部のいわば総司令部が政治の意向を敏感に察知し、司法部内にそれを迅速に浸透させる制度がビルトインされていることの結果である。この集権的なシステムのおかげで、政権党は司法部を政治的にコントロールする作業を、この総司令部に委任するだけで事足りることになる。あるいは、この委任を裏切らない限り、もしくは裏切らない程度に、司法部はその自律性を発揮できるのだ。「こうした巧みな策略の帰結が、司法の独立の公式基準は十分満たすが、政府の要望にきちんと合わせ続ける司法部ということになる。」（第Ⅳ章：結論）

また、「サヨク」氏（原文では“Hidari”）という架空の人物を登場させることで、最高裁の保守的体質を巧みに浮かび上がらせている。関係者に対するインタビューを積み上げることで迫真性と説得力をもたせる分析手法も、ラムザイヤーらのように統計解析の高度な数式を駆使する記述とは違って、親しみやすくわかりやすい。

そして私がみる限り、本稿には事実誤認はほとんどない。現在の竹崎長官

が長官としては例外的に小法廷の審理に加わっていることまでフォローしているのには脱帽した。ただ、掛け値なしの揚げ足取りになって恐縮だが、些末な事実誤認を2点だけ指摘しておく。

第一に、第Ⅱ章(C)でエリート裁判官の出世コースとして、静岡地裁所長、千葉地裁所長、横浜地裁所長を同列に例示しているが、この評価は正しくない。出世コースは東京高裁管内地家裁所長ポストの中でも関東の地裁所長および甲府地・家裁所長であり、静岡地裁所長はそれらと同格とは言い難い。これら3ポストの歴代就任者のその後の高裁長官への到達率をみても、静岡と他の二つとでは大きな開きがある。ついでに言えば、千葉地裁と横浜地裁でも格は違う。横浜地裁所長ポストには、事務総局の局付、課長を経験した「純粹培養」の司法官僚が集中的に就任している。

第二に、第Ⅱ章(D)2で最高裁裁判官は小法廷間を異動することはないとあるが、職業裁判官出身の最高裁判事が長官に昇進した場合に限って異動はある(表参照)。

本稿にも言及があるように、長官は大法廷の審理以外は裁判実務に携わらず、もっぱら司法行政が仕事となる。従って、小法廷所属は形式的なもので

表 最高裁小法廷の異動例

裁判官氏名	出身区分	最高裁判事時の 所属	長官就任＝ 配置換え期日	最高裁長官時の 所属
矢口 洪一	民事裁判官	第一小法廷	1985. 11. 5	第三小法廷
三好 達	民事裁判官	第一小法廷	1995. 11. 7	第二小法廷
山口 繁	民事裁判官	第三小法廷	1997. 10. 31	第二小法廷
		第二小法廷	1999. 4. 21*	第三小法廷
町田 顕	民事裁判官	第一小法廷	2002. 11. 6	第三小法廷
島田 仁郎	刑事裁判官	第一小法廷	2006. 10. 16	第三小法廷
		第三小法廷	2006. 11. 1*	第二小法廷

* 山口と島田は長官在任中に再異動。

あり、長官の属する小法廷は通常長官を除く4人で裁かれる。

一方で、法廷構成について慣例的に確立されてきた原則は、民事裁判官出身者を各小法廷に最低1人、加えて、刑事裁判官出身者あるいは検察官出身者を各小法廷に最低1人というものである。ところが、職業裁判官出身の最高裁判事が長官になってしまうと事実上の「戦力」とはならない。そこで、長官をはずした4人でもこの法廷構成を維持するために、長官就任と同時に上記のような異動が行われるのだろう。

ところで、民主党政権になって新たに6人の最高裁判事が任命された。内訳は職業裁判官枠3、弁護士枠1、検察官枠1、学識者枠1である。政権交代があったとはいえ、出身枠はそのまま継承され、自民政権時代とほぼ変わらない「順当」な人事が続いている。普天間問題など懸案山積で、とても最高裁判事人事まで手が回らなかったのだろう。唯一の例外は、女性を起用したいという鳩山内閣の強い意向の下、学識者枠で岡部喜代子判事が誕生したことである。就任時61歳という若さも異例だ。これにより、最高裁ははじめて同時に2名の女性判事を擁するようになった。

当時の竹崎博允東京高裁長官が2008年11月25日に最高裁判事を經ずに14人抜きで長官に抜擢されたとき、政権交代に備えた保守的最高裁確保のための布石といわれた。就任時で竹崎長官は定年退官日まで5年8か月もあり、これは近年では珍しい長期在任になる。本稿でも取り上げられているが、アメリカ大統領が比較的若い連邦最高裁判事を任命するのは、次の選挙で政権が変わっても連邦最高裁判事に空きができるのを防いで、前政権の影響力を維持するためだといわれる。選挙政治の面での同じ計算が働いて、自民政権に竹崎を長官を推させたのではないか、というわけである。

最高裁判事の後任人事について、最高裁長官が巨大な影響力を有しているのは本稿でも指摘されているとおりである。政権交代後も、竹崎コートは以前と同様の保守的最高裁を運営していくのだろうか。

ロー教授は本稿の最後で、「司法部は政治的影響に対して、制度的に応答的であるまさにその理由で、政府が変わらない限り司法部もその路線を変えないだろう。(中略)最高裁が保守的であるのは、究極的には政府が保守的であるためであり、同時に日本の有権者の多数もまたそうであるためである」と述べている。民意はその潮目を変えたが、竹崎長官という前政権のくさびを引き抜くほどのうねりになるかどうか。その帰趨は本稿の主張の妥当性を占うものとなろう。